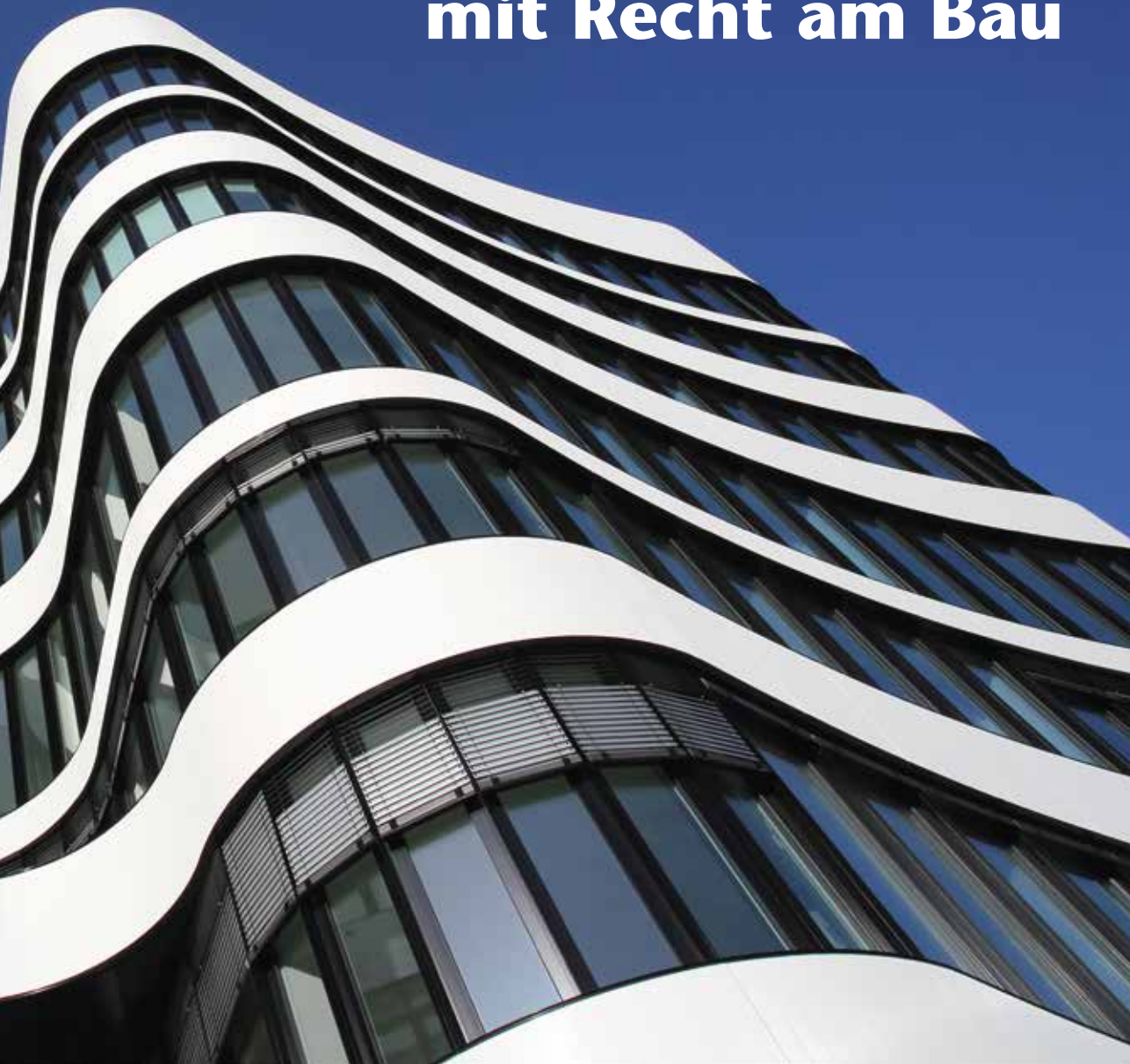


# 25 Jahre

## mit Recht am Bau



# **25 Jahre**

**mit Recht am Bau**

**1992 – 2017**

**Herausgeber**

SMNG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Königsberger Straße 2  
60487 Frankfurt am Main  
Telefon: 0 69 / 24 70 13-0  
Telefax: 0 69 / 24 70 13 24  
E-Mail: [kanzlei@smng.de](mailto:kanzlei@smng.de)  
[www.smng.de](http://www.smng.de)

**Gestaltung**

Hartmut Lütze, Reutlingen

**Umschlagfoto**

© qphotomania – fotolia.com

**Druck**

BEKA Druck GmbH, Erzhausen

**Koordination und Redaktion**

RA Dr. Andreas Schmidt,  
SMNG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

## 25 Jahre mit Recht am Bau

– SMNG blickt vor allem in die Zukunft, lebt in der Gegenwart und sieht auf eine erfolgreiche Unternehmensgeschichte zurück –

SMNG steht für hochspezialisierte Beratung im Bereich des privaten und öffentlichen Baurechts. SMNG wurde 1992 gegründet, zunächst mit 6 Volljuristen und einem klaren Fokus auf der Bearbeitung privatrechtlicher Auseinandersetzungen insbesondere für Bauauftraggeber und Auftragnehmer. Die Entwicklung der Rechtsberatungsgesellschaft verlief kontinuierlich und hat in organisatorischer Hinsicht mit dem Jahr 2009 den Übergang zu einer rechtsberatend tätigen Kapitalgesellschaft erfordert, die heute mit Fug und Recht als stabiler Partner bauaktiver Unternehmen des Baugewerbes, der Bauindustrie, von Privatinvestoren, öffentlichen Auftraggebern, Architekten, Ingenieuren und Projektentwicklern agiert.

SMNG nimmt eine herausragende Stellung im Bereich der immobilien- und bau-rechtsberatenden Kanzleien ein; die nachfolgenden Beiträge – sämtlich von SMNG-Mitarbeitern erstellt – sind ein Beleg für das weite Spektrum an Beratungsleistungen auf allen Gebieten rund um die Immobilie und deren Bewirtschaftung. Selbst grundstücksverkehrsrechtliche Angelegenheiten werden heute unter dem Dach der SMNG Rechtsanwalts-gesellschaft und unter Führung unseres Notariats erledigt und bekräftigen die hohe Gesamtkompetenz im Umgang mit allen Fragen rund um den Erwerb, die Errichtung und die rechtliche Begleitung der Immobilie im Lebenszyklus. Die Zusammenarbeit mit Industrieverbänden rund um alle baulichen Aktivitäten ist ausgeprägt und intensiv.

25 Jahre sind wie im Flug vergangen und haben eine Vielzahl von guten und sehr guten Beziehungen zu Mandanten begründet. So bietet das „kleine“ Betriebsjubiläum Gelegenheit, sich allen Mandanten und potentiellen Mandanten aktualisiert vorzustellen und zugleich für die Zusammenarbeit in einem Vierteljahrhundert zu danken. Für die Gesellschafter, die Geschäftsleitung, alle Berufskollegen und Mitarbeiter haben wir die besondere Ehre, diesem Dank mit einleitenden Worten für unsere Schrift „25 Jahre mit Recht am Bau“ Ausdruck zu verleihen. Seien Sie versichert, dass wir unsere Entstehungsgeschichte und dieses Jubiläum als Ansporn und Herausforderung begreifen, auch die Zukunft gemeinsam mit unseren Mandanten, neu gewonnenen Mandanten und insbesondere unseren langjährigen Mandanten zu gestalten. Den Lesern dieser Schrift zum Jubiläum wünschen wir viel Erfolg bei der Umsetzung der gemeinsam mit uns gewonnenen und vertretenen Erkenntnisse, persönliches Glück und Zufriedenheit und uns allen eine lange und vertrauensvoll fortdauernde Zusammenarbeit.

Herzlichst Ihre



Prof. Christian Niemöller



Dr. Michael Griem

**Prof. Christian Niemöller**, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, ist geschäftsführender Gesellschafter bei SMNG und Gründungssozius der Kanzlei.

Seit 1987 ist er als Rechtsanwalt tätig. Er ist eingetragener Schlichter und Schiedsrichter der ARGE Baurecht im Deutschen Anwaltverein. Seit vielen Jahren ist er ständiger Berater des Verbandes Fenster + Fassade (VFF) in Frankfurt am Main. Neben seiner anwaltlichen Tätigkeit ist Prof. Niemöller in der Hochschullehre aktiv, so als Dozent an der Dualen Hochschule Baden-Württemberg und an der Hochschule Rosenheim. Des Weiteren entfaltet er vielfältige Tätigkeiten als Referent bei zahlreichen Institutionen wie beispielsweise dem Institut für Fenstertechnik, dem Deutschen Stahlbauverband, dem Verein Deutscher Ingenieure e.V. und zahlreichen weiteren Institutionen und Unternehmen. Daneben engagiert sich Prof. Niemöller auch in der anwaltlichen Fortbildung. Prof. Niemöller betreut vielfältige Beratungs-, Aufsichts- und Beiratsmandate und ist durch zahlreiche baurechtliche Veröffentlichungen ausgewiesen, von denen seine Eigenschaft als Herausgeber und Mitautor des Kommentars zur DIN EN 14351-1 (Fraunhofer IRB Verlag), des HOAI-Kommentars und des Online-Kommentars zur VOB/B (beide Verlag C.H.Beck) hervorzuheben sind. 2004 wurde er durch das Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst des Landes Baden-Württemberg zum Honorarprofessor ernannt und ist als Lehrbeauftragter aktiv.



**Dr. Michael Griem**, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, ist geschäftsführender Gesellschafter bei SMNG und Gründungssozius der Kanzlei.

Seine juristische Ausbildung absolvierte Dr. Griem in Gießen, London, Den Haag und Toronto. Anschließend war er in den Jahren 1984 bis 1987 Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Baurecht und Internationales Privat- und Handelsrecht der Justus-Liebig-Universität Gießen, wo er 1987 promoviert wurde. Seit 1987 ist er als Rechtsanwalt tätig. Neben seiner anwaltlichen Tätigkeit ist Dr. Griem als Schlichter und Schiedsrichter tätig. Zudem tritt er regelmäßig als Referent bei zahlreichen Instituten aus dem Bereich des Baurechts auf. In der universitären Ausbildung engagiert sich Dr. Griem als Lehrbeauftragter an der Technischen Universität Darmstadt. Seit 2013 ist Dr. Griem Präsident der Rechtsanwaltskammer Frankfurt am Main.



# Inhalt

|   |    |
|---|----|
| <i>Jochen Heilig</i><br>Baubegleitende Rechtsberatung / Nachtragsmanagement .....   | 7  |
| <i>Kay Wolter</i><br>Entschädigung aus § 642 BGB .....  | 11 |
| <i>Dr. Hayo Bernsmann</i><br>Prüf- und Hinweispflicht als Fluch oder Segen? .....   | 15 |
| <i>Klaus-Peter Radermacher</i><br>Möglichkeiten der Anspruchsdurchsetzung bzw. Anspruchsabwehr .....  | 20 |
| <i>Carolin Parbs-Neumann</i><br>Bürgschaften im Bauwesen .....  | 25 |
| <i>Rafael Kurz</i><br>Die Abnahme der Bauleistung .....   | 29 |
| <i>Dr. Andreas Schmidt</i><br>Die Einführung eines gesetzlichen Bauvertragsrechts zum 1. Januar 2018 .....  | 33 |
| <i>Klaus Heinlein und Elke Hennig</i><br>Architekten- und Ingenieurrecht: Anordnungsrecht des Auftraggebers<br>und Honoraranpassung nach neuem Bauvertragsrecht ..... | 37 |
| <i>Marc Oparaugo</i><br>Die Insolvenz eines Baubeteiligten – Eine Zäsur, ihre Konsequenzen und<br>Reaktionsmöglichkeiten .....  | 41 |
| <i>Klaus Höflich</i><br>Arbeitsrecht .....  | 45 |
| <i>Katren Sada</i><br>Gewerbliches Mietrecht: Rechtliche Prüfung auch bei der Verwendung von<br>Mustermietverträgen .....   | 49 |
| <i>Nina Harr</i><br>Bauproduktenrecht – Inverkehrbringen und Verwenden von Bauprodukten ...   | 53 |
| <i>Dr. Norman Crass</i><br>Öffentliches Baurecht: Nachverdichtung und die Nachbarn .....  | 57 |
| <i>Leona Luncke</i><br>Bauplanungsrecht: Fallstricke bei der Planung von Wohnnutzung in<br>städtisch stark verdichteten Gebieten .....                                | 60 |
| <i>Bianca Marzell</i><br>Das neue Vergaberecht .....  | 63 |
| <i>Matthias Wilke</i><br>Vorsorgeverfügungen – Vorsorge für Unfall, Krankheit und Alter .....   | 67 |



# Baubegleitende Rechtsberatung / Nachtragsmanagement

*Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht Jochen Heilig*

Eine erfolgreiche Projektrealisierung setzt nicht nur eine gute Bauausführung voraus, sie erfordert auch, dass die Beteiligten die juristischen Fallstricke meistern, die ihnen in den einzelnen Stadien der Projektausführung begegnen. Für das Gelingen des Projekts und den monetären Erfolg stellen die baubegleitende Rechtsberatung und ein geordnetes Nachtragsmanagement daher zwei unverzichtbare Instrumentarien dar.

## 1. Baubegleitende Rechtsberatung

Die baubegleitende Rechtsberatung für den Auftraggeber gliedert sich grundsätzlich in fünf Abschnitte.

Der erste Abschnitt umfasst die Beratung im Zusammenhang mit der Projektvorbereitung. Sie bezieht sich auf die grundstücksrechtlich relevanten Thematiken und dient der Klärung und Herstellung der bauplanungs- und bauordnungsrechtlichen Zulässigkeit des Bauvorhabens. Soweit erforderlich, findet das Prüfen und Entwerfen von städtebaulichen Verträgen statt. Ferner erstreckt sich die Tätigkeit auf das Entwerfen der Planer- und Projektsteuerungsverträge.

Der zweite Abschnitt stellt die Beratung in der Planungsphase dar. Die für das Projekt geeignete Vergabeart (Einzelgewerk-, GÜ- oder GU-Vergabe) ist festzulegen. Zudem findet die weitere Unterstützung des Auftraggebers im Baugenehmigungsverfahren statt.

Der dritte Abschnitt wird geprägt durch die Beratungstätigkeit bis zum Abschluss des Bauvertrags oder der Bauverträge. Bestandteil der Beratung ist die Durchführung und Protokollierung der Vergabeverhandlungen. Zudem erstreckt die Beratung sich auf das Prüfen und Entwerfen des Bauvertrags einschließlich seiner Bestandteile (z.B. BVB, ZVB, Bürgschaften, etc.). Bei Einzelgewerkvergaben ist ein besonders Augenmerk auf die Schnittstellen zu richten (z.B. Abnahme und Übernahme der Baugrube). Zudem gilt es, die Regelungen in den einzelnen Verträgen (insb. die Leistungsverzeichnisse) zu harmonisieren.

Die Beratung während der Bauphase stellt den vierten Abschnitt dar. Die Tätigkeit umfasst hierbei sowohl die beratende Teilnahme an den Jour-Fixe-Terminen, als auch das Prüfen und Entwerfen des baubegleitenden Schriftverkehrs. Typische Problemfelder mit entsprechendem Beratungsbedarf ergeben sich bspw., wenn der Auftragnehmer eine Sicherheit gemäß § 648a BGB verlangt, im Zusammenhang mit Störungssachverhalten, bei Baueinstellung, bei Streit über Abschlagsrechnungen, bei Insolvenz des Auftragnehmers und bei (Teil-)Kündigung des Vertragsverhältnisses. Bei einem gestörten Bauablauf ist zudem meist eine interdisziplinäre



Zusammenarbeit mit einem baubetrieblichen Sachverständigen geboten, um Bauzeitverlängerungs- und Mehrvergütungsansprüchen qualifiziert entgegenzutreten zu können. Inhalt der Beratungsleistung ist des Weiteren das Prüfen von Nachträgen, die Begleitung von Nachtragsverhandlungen und das Entwerfen von Ergänzungsvereinbarungen. Die Beratung in Bezug auf die Abnahme des Bauvorhabens (insb. das Entwerfen des Abnahmeprotokolls und die Teilnahme an der Abnahmebegehung) bildet das Ende des vierten Abschnitts.

Der fünfte Abschnitt der Tätigkeit erstreckt sich bis zum Ablauf der Mängelgewährleistungsfrist(en) und bis zum Abschluss von etwaigen Rechtsstreitigkeiten. Die Beratung umfasst hier zunächst den Komplex rund um die Schlussrechnungsprüfung (z.B. Einwand der fehlenden Prüffähigkeit, Kürzungen, Gegenforderungen, etc.). Sie bezieht sich ferner auf die Mitwirkung bei dem Austausch bzw. der Herausgabe der Sicherheiten. Bei Verweigerung der Rückgabe einer Bürgschaft – trotz Wegfalls des Sicherungszwecks – ist Klage auf Herausgabe geboten. Geprägt wird dieser Abschnitt zudem durch die außergerichtliche und gerichtliche Durchsetzung von Mängelansprüchen.

Spiegelbildlich zur baubegleitenden Rechtsberatung des Auftraggebers findet die Beratung des Auftragnehmers – vornehmlich in den zuvor dargestellten Abschnitten drei bis fünf – statt. Korrespondierend mit der Beratung des Auftraggebers umfasst auch diese Beratung das gesamte Spektrum der Baupraxis. Einen prägenden Teil stellt die Beratung zur Abwehr von Mängelansprüchen und zur Geltendmachung von Nachträgen dar.

## 2. Nachtragsmanagement

Die Bezeichnungen „Nachtrag“ bzw. „Nachtragsmanagement“ sind keine Rechtsbegriffe, die der VOB/B oder dem BGB entstammen. Vielmehr hat die Baupraxis diese Begriffe hervorgebracht. Als Nachträge werden die vom Auftragnehmer zusätzlich geltend gemachten Forderungen, die über die ursprünglich vertraglich vereinbarte Vergütung hinausgehen, bezeichnet. Rechtlich können sie als geänderte/zusätzliche Vergütung, als Schadens-/Aufwendungsersatz oder als Entschädigung qualifiziert werden. Voraussetzung für jeden Nachtrag ist eine Abweichung des Bau-Ist (= tatsächlich erbrachte bzw. zu erbringende Leistung) vom Bau-Soll (= ursprünglich vereinbarte Leistung). Die Ursache hierfür kann vielfältig sein, sie lässt sich in der Regel aber auf eine unzureichende bzw. nicht hinreichend klare vertragliche Leistungsbeschreibung, auf eine Anordnung des Auftraggebers oder auf eine Störung des Bauablaufs zurückführen.

### a) Nachtragsmanagement des Auftragnehmers

Zu dem Nachtragsmanagement des Auftragnehmers zählen sämtliche Tätigkeiten, die der Vorbereitung und Durchsetzung von Nachträgen dienen. Der Grundstein für ein zielführendes Nachtragsmanagement wird bereits in der Angebotsphase gelegt. Der Auftragnehmer muss das Nachtragspotential (er)kennen, welches ihm der

konkrete Bauvertrag bietet. Unabdingbar ist daher die sorgfältige Prüfung der Vertragsunterlagen. Offensichtliche Unklarheiten in der Leistungsbeschreibung darf der Auftragnehmer jedoch nicht einfach hinnehmen, vielmehr muss er diese durch Rückfragen beim Auftraggeber ausräumen. Anderenfalls läuft er nach der Rechtsprechung bspw. des OLG Naumburg (Urteil vom 22.02.2013, Az.: 12 U 120/12) Gefahr, mit einem hieraus generierten Nachtrag vor Gericht zu scheitern.

Einen weiteren Mosaikstein bildet das Führen (und Archivieren) eines geordneten Schriftverkehrs (z.B. Anordnungen des Auftraggebers, Mehrvergütungsankündigungen, Behinderungsanzeigen, etc.). Die Baudokumentation zur Darlegung eines Nachtragsanspruchs ist primäre und unabdingbare Aufgabe des Nachtragsmanagements. Sie geht unausweichlich mit der erforderlichen Kenntnis der Anspruchsgrundlagen (z.B. § 2 Abs. 5, Abs. 6 u. Abs. 8 VOB/B, § 6 Abs. 6 VOB/B, § 642 BGB) und deren Voraussetzungen einher. Beispielsweise setzt ein Anspruch auf zusätzliche Vergütung gemäß § 2 Abs. 6 VOB/B nach der Rechtsprechung des OLG Köln grundsätzlich voraus, dass der Auftragnehmer diesen vor der zusätzlichen Leistungserbringung angekündigt hat (OLG Köln, Beschluss vom 28.11.2011, Az.: 17 U 141/10). Macht der Auftragnehmer einen Anspruch wegen eines gestörten Bauablaufs geltend, erfordert dies in der Regel eine konkrete, bauablaufbezogene Darstellung der jeweiligen Behinderung und deren Folgen (OLG Frankfurt, Urteil vom 23.07.2013, Az.: 6 U 122/12). Diese Darlegung wird vor Gericht in der Regel nur durch Vorlage eines baubetrieblichen Gutachtens gelingen.

Wegweisend ist zudem, dass der Auftragnehmer das Nachtragsangebot strukturiert aufbaut. Dies setzt eine verständliche Nachtragsbegründung und eine vertragskonforme Nachtragskalkulation voraus. Der Auftragnehmer hat bei Abschluss einer Nachtragsvereinbarung darauf zu achten, dass diese grundsätzlich eine abschließende Regelung darstellt (OLG München, Urteil vom 16.06.2012, Az.: 9 U 3604/11 Bau). Nach der Rechtsprechung des OLG Brandenburg (Beschluss vom 18.08.2009, Az.: 11 W 25/08) sind mit Abschluss einer Nachtragsvereinbarung bauzeitbezogene Mehrkostenansprüche als Folge der Nachtragsleistung abgegolten, wenn sich der Auftragnehmer diese Ansprüche nicht vorbehalten hat.

Ein geordnetes Nachtragsmanagement des Auftragnehmers schließt mit der vertragsgerechten Abrechnung der Nachträge und der konsequenten Forderungsverfolgung – ggf. im Klagewege – ab.

## **b) Nachtragsmanagement des Auftraggebers**

Das Nachtragsmanagement des Auftraggebers dient der Vermeidung und Abwehr von Nachträgen. Es beginnt daher bereits vor Abschluss des Bauvertrags. Für den Auftraggeber gilt es, „Einfallstore“ für Nachträge in der vertraglichen Gestaltung zu vermeiden. Auf eine ausreichende Grundlagenermittlung (z.B. durch angemessene Baugrunduntersuchungen) ist daher ebenso großen Wert zu legen, wie auf die Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung. Sie darf nicht unstimmig, lückenhaft oder

widersprüchlich sein. Es ist zudem in dem Bauvertrag zu regeln, welche Personen für den Auftraggeber zur Anordnung von geänderten oder zusätzlichen Leistungen und zur Entgegennahme von rechtsgeschäftlichen Erklärungen bevollmächtigt werden. Eingereichte Nachträge sind dem Grunde (sind die Leistungen tatsächlich erbracht worden und liegen die Anspruchsvoraussetzungen vor?) und der Höhe nach zeitnah zu prüfen. Ist der Nachtrag unberechtigt, ist er zurückzuweisen. Ist der Nachtrag hingegen begründet, hat der Auftraggeber zu prüfen, ob Gegenforderungen (z.B. Schadensersatzansprüche) bestehen, die er ggf. zur Aufrechnung stellen kann.

---

### Zum Autor



Rechtsanwalt **Jochen Heilig**, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, ist Partner bei SMNG und seit 2004 anwaltlich tätig. Schwerpunkte seiner Tätigkeit sind das private Baurecht sowie das Architekten- und Ingenieurrecht. Der Fokus seiner Tätigkeit liegt auf der baubegleitenden Rechtsberatung bei Großbauprojekten. Daneben verfasst RA Heilig regelmäßig Beiträge für Publikationen des Verbandes Fenster + Fassade (VFF) Frankfurt a.M.

## Entschädigung aus § 642 BGB

*Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht Kay Wolter*

Mit diesem Anspruch soll der Werkunternehmer über § 304 BGB hinaus dafür entschädigt werden, dass er während eines Annahmeverzuges des Bestellers zwar Arbeitskraft und Kapital vorhält, seine berechnete zeitliche Disposition aber durch diesen Annahmeverzug vereitelt wird und ihm deshalb Mehrkosten entstehen. Der Anspruch umfasst durch den Annahmeverzug bedingte finanzielle Nachteile wie z.B. Kosten eines Stillstands von Arbeitsgeräten oder erhöhten Aufwand für die Beschaffung von Material oder den Einsatz von Personal.

### Anspruchsvoraussetzungen

Dieser Anspruch setzt eine unterlassene oder nicht rechtzeitige Mitwirkung des Bestellers, die für die Herstellung des Werks im Sinne seiner Abnahmefähigkeit nötig ist (BGH 20.04.2017 – VII ZR 194/13, einen dadurch bedingten Annahmeverzug des Bestellers im Sinne der §§ 293 ff. BGB und beim VOB/B-Werkvertrag grundsätzlich zudem eine Behinderungsanzeige voraus.

### Praktische Bedeutung

Diese Anspruchsgrundlage hat lange ein Schattendasein geführt. Erst aufgrund der Entscheidung des BGH vom 21.10.1999 ist sie in den Fokus der Rechtsanwender gerückt. Denn danach ist § 642 BGB nicht nur neben Schadensersatzansprüchen wie aus § 6 Abs. 6 VOB/B anzuwenden, weil diese anderen Anspruchsgrundlagen zu Verzögerungen führende Leistungsstörungen nicht abschließend regeln und teilweise andere Voraussetzungen haben. Vielmehr gibt § 642 BGB dem Unternehmer auch dann einen Anspruch gegenüber dem Besteller, wenn dieser ausschließlich wegen eines von ihm beauftragten Vorunternehmers, dessen Versäumnisse ihm nicht als Verschulden zuzurechnen sind, nicht oder nicht rechtzeitig mitwirkt, z.B. durch zu spätes Zurverfügungstellen des Baugrundstücks mit den Vorleistungen des Vorunternehmers für den anschließend beginnenden Werkunternehmer (BGH 21.10.1999 – VII ZR 185/98, BGHZ 143, 32 = NJW 2000, 1336). Deshalb wird diese Entscheidung oft unter dem Stichwort „Vorunternehmerhaftung“ diskutiert, also zu einer Haftung des Bestellers für von ihm beauftragte Vorunternehmer.

Die erfolgreiche Durchsetzung eines auf diese Norm gestützten Anspruchs wird dadurch erschwert, dass vieles zu ihrer Anwendung bzw. Auslegung umstritten ist und insbesondere die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte überwiegend hohe Anforderungen an die Darlegung der einzelnen Anspruchsvoraussetzungen, vor allem aber an die des ursächlichen Zusammenhangs zwischen verspäteter oder unterlassener Mitwirkung und Annahmeverzug einerseits sowie zwischen Annahmeverzug und zu entschädigenden Nachteilen andererseits stellt.

Bekannt und relevant ist z.B. der Streit darüber, ob entsprechend dem Wortlaut von § 642 Abs. 2 BGB nur Nachteile während des Annahmeverzugs zu entschädi-

gen sind oder gemäß dem Sinn der Norm auch Nachteile aufgrund des Annahmeverzugs (einerseits z.B. OLG Jena 11.10.2005 – 8 U 849/04, NZBau 2006, 510 und Roskosny/Bolz BauR 2006, 1804, 1811; andererseits z.B. Kniffka in Kniffka/Koebler Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 8. Teil Rn. 36; Staudinger/Peters/Jacoby BGB § 642 Rn. 28 und Pause/Vogel in *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht* mit Stand vom 18.09.2016, herausgegeben von Kniffka, § 642 Rn. 56). Davon soll hier aber nicht weiter die Rede sein.

### Einordnung einer neuen Entscheidung

Vielmehr geht es mir hier um die teilweise hohen Anforderungen insbesondere der überwiegenden OLG-Rechtsprechung und eine bestimmte Frage zum Anspruchsinhalt. Auf diese beiden Themen hat eine neue, noch nicht rechtskräftige Entscheidung des Kammergericht (KG) in Berlin aufmerksam gemacht (KG 10.01.2017 – 21 U 14/16, BauR 2017, 923 = MDR 2017, 392). Zum einen hat es entschieden, dass es keiner Vorlage einer auf den gesamten Bauablauf bezogenen Darstellung bedarf, wenn der Unternehmer durch den Annahmeverzug entstandene und daher zu entschädigende Nachteile anderweitig darlegen kann. Zum anderen hat es wegen angeblicher Abweichung vom Urteil des BGH vom 21.10.1999 die dann auch eingelegte Revision (BGH VII ZR 16/17) zugelassen, weil nicht nur durch den Annahmeverzug bedingte Mehrkosten zu entschädigen seien, sondern auch der vereinbarten Vergütung entsprechende Zuschläge darauf, z.B. für Allgemeine Geschäftskosten (AGK) oder Wagnis und Gewinn.

### Konkrete bauablaufbezogene Untersuchung

Eine solche Stellungnahme, die alle relevanten Störungen berücksichtigt, hat der BGH in zwei Urteilen vom 24.02.2005 zur Durchsetzung von auf § 6 Abs. 6 VOB/B gestützten Schadensersatzansprüchen verlangt (BGH 24.02.2005 – VII ZR 141/03, BGHZ 162, 259 = NJW 2005, 1653 und BGH 24.02.2005 – VII ZR 225/03, NJW 2005, 1650). Solche Darstellung erfordert regelmäßig ein teures Bauzeitgutachten. Dennoch haben viele Oberlandesgerichte diese Anforderungen auf Ansprüche aus § 642 BGB betreffende Prozesse übertragen (z.B. OLG Brandenburg 18.02.2016 – 12 U 222/14, NJW-RR 2016, 653; OLG Köln 28.01.2014 – 24 U 199/12, NJW 2014, 3039 und 27.10.2014 – 11 U 70/13, BauR 2015, 850; OLG Frankfurt 23.07.2013 – 6 U 122/12; KG 19.04.2011 – 21 U 55/07, BauR 2012, 951).

Dem hat das KG am 10.01.2017 zu Recht widersprochen. Wie so oft kommt es auch zu dieser Frage auf den jeweils zu entscheidenden Sachverhalt an. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist ein Vortrag im Prozess substantiiert genug, wenn die Partei die Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als in ihrer Person entstanden erscheinen zu lassen (statt aller: BGH 23.09.2009 – IV ZR 152/08). Wenn die Kausalität des Annahmeverzugs für die zu entschädigenden Nachteile also ohne solche Darstellung vorgetragen werden kann, bedarf es keines Vorbringens weiterer Einzelheiten und erst recht nicht der Vor-

lage solch einer Darstellung. Vielmehr hat das Gericht bei ausreichendem Bestreiten Beweis zu erheben. Das wird in der Regel der Fall sein, wenn die finanziellen Nachteile während des Annahmeverzugs entstanden sind. Bejaht man mit der überwiegenden Auffassung die Anwendung von § 642 BGB auch in Fällen, in denen die Nachteile erst durch den Annahmeverzug entstanden sind, wird es dagegen in der Regel einer auf den konkreten Bauablauf bezogenen Darstellung bedürfen.

### Anspruchsumfang

Zum Umfang der Entschädigung weicht die neue Entscheidung des KG nur scheinbar von der Rechtsprechung des BGH ab. Dort heißt es nur, dass der Anspruch aus § 642 BGB im Unterschied zu einem Schadensersatzanspruch, z. B. aus § 286 Abs. 1 BGB, entgangenen Gewinn und Wagnis nicht umfasst, weil der Entschädigungsanspruch bloß einen Annahmeverzug statt einer schuldhaften Vertragsverletzung des Bestellers verlange (BGH 21.10.1999 – VII ZR 185/98, BGHZ 143, 32 = NJW 2000, 1336). Wegen dieser Äußerung haben fast alle Kommentatoren und die meisten Oberlandesgerichte in den folgenden Entscheidungen gemeint, der Entschädigungsanspruch umfasse nach dieser Rechtsprechung des BGH keine Zuschläge für Wagnis und Gewinn (z.B. Palandt/Sprau BGB, 76. Aufl., § 642 Rn. 5).

Daran ist selbst dann noch festgehalten worden als der BGH seine Rechtsprechung zu § 649 Satz 2 BGB geändert hat (BGH 24.03.2016 – VII ZR 201/15, NJW 2016, 2944). Danach ist ein vom Unternehmer kalkulierter Zuschlag für Wagnis nicht als ersparter Aufwand abzuziehen, da er das allgemeine unternehmerische Risiko absichere. Dieses Wagnis werde durch eine Kündigung ebenso wenig wie Gewinn oder Allgemeine Geschäftskosten (AGK) erspart, denn solche Ersparnisse kämen vor allem bei projektbezogenen Herstellungskosten und variablen, ebenfalls projektbezogenen Gemeinkosten in Betracht. Wagnis, Gewinn und AGK, die dagegen nicht projektbezogen anfielen, würden in der Regel nicht erspart. Spätestens danach hätten Auswirkungen auf die Auslegung von § 642 Abs. 2 BGB geprüft werden sollen.

Aber selbst unabhängig von dieser Rechtsprechungsänderung ist der Umfang eines Anspruchs aus § 642 BGB eben gemäß dessen Absatz 2 nach der Dauer des Verzuges und der Höhe der vereinbarten Vergütung zu bemessen. Enthält die vereinbarte Vergütung Anteile zur Deckung von AGK sowie Wagnis- und Gewinnanteile, hat das daher auch für die Entschädigung zu gelten. Deshalb hat u.a. Prof. Dr. Rolf Kniffka bereits mit den Worten „Diese Rechtsprechung ist fraglich und zu überdenken“ Kritik geäußert (Kniffka in Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 8. Teil Rn. 39), was allerdings trotz seiner deutlichen Worte bislang nur selten aufgegriffen worden ist.

Beim 32. Darmstädter Baubetriebsseminar in Mainz am 10.02.2017 hat nicht nur der seit kurzem neue Vorsitzende des 21. Zivilsenat beim KG Björn Retzlaff die Begründung der Entscheidung vom 10.01.2017 näher erläutert, sondern Prof. Dr. Kniffka hat zusätzlich darauf hingewiesen, dass der BGH 1999 gar nicht über einen kalkulierten Gewinnzuschlag zu entscheiden hatte, sondern damals u.a. entgangener Gewinn aus § 252 BGB eingeklagt worden war, dessen Durchsetzung eben

einen Schadensersatzanspruch verlange. Mit den Worten „entgangener Gewinn und Wagnis“ habe der BGH sich nur ungenau ausgedrückt.

Das bestätigt das dieser Entscheidung zu Grunde liegende Grundurteil des OLG München, das bislang nicht veröffentlicht worden ist, allerdings nicht unmittelbar (OLG München 10.03.1998 – 9 U 2399/96). Weil es die vorhergehende Entscheidung des LG München I vom 17.01.1996 aufgehoben, die Klage nur dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und den Rechtsstreit zur Klärung der Anspruchshöhe zurückverwiesen hatte, folgt das tatsächlich damals Eingeklagte wohl nur aus der Aufstellung vom 27.11.1988 und der Rechnung vom 07.08.1989, die als Anlagen K 7 und K 9 im Tatbestand dieses Grundurteils genannt sind, nicht aber aus den Entscheidungsgründen, in denen das Gericht nicht näher auf die Höhe des zu ersetzenden Mehraufwands eingehen musste. Außerdem hatte es den Anspruch als Schadensersatz aus § 6 Abs. 6 VOB/B zugesprochen. Erst der BGH hat gemeint, dass er jedenfalls zum Teil auch auf § 642 BGB gestützt werden könne.

### Fazit

Wegen der in § 642 Abs. 2 BGB gewählten Formulierung erscheint es richtig, in Fällen wie dem vom KG Entschiedenen als Entschädigung auch AGK und mit der Vergütung kalkulierte Gewinnanteile auf die kausalen Mehrkosten zuzusprechen. Zu AGK hat das OLG Rostock mittlerweile ebenso entschieden. Kalkulierte Gewinnanteile hat es dagegen schon deshalb nicht zugesprochen, weil diese wegen der Entscheidung des BGH vom 21.10.1999 gar nicht eingeklagt worden waren (OLG Rostock 14.03.2017 – 4 U 69/12 unter Verweis auf Ingenstau/Korbion/Döring VOB, 20. Aufl., § 6 Abs. 6 VOB/B Rn. 60, der wegen der Entscheidung des BGH vom 21.10.1999 noch gegen den Ersatz kalkulierter Wagnis- und Gewinnanteile aus § 642 BGB ist). Dieser Verweis lässt also vermuten, dass das OLG Rostock dieser BGH-Rechtsprechung gefolgt wäre, wenn es darüber hätte entscheiden müssen. Das sollte in Zukunft in geeigneten Fällen überdacht werden, jedenfalls dann, wenn der BGH in der Revisionsentscheidung zum Urteil des KG seine Rechtsprechung aus dem Jahr 1999 klärt oder ändert.



### Zum Autor

Rechtsanwalt **Kay Wolter**, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, ist Partner und Gesellschafter bei SMNG und seit 1992 anwaltlich tätig. Schwerpunkte seiner Tätigkeit sind das private Baurecht sowie das Architekten- und Ingenieurrecht. Der Fokus liegt dabei auf der gerichtlichen und außergerichtlichen Vertretung institutioneller Marktteilnehmer.

## Prüf- und Hinweispflicht als Fluch oder Segen?

### Der funktionale Mangelbegriff im Spannungsfeld zwischen Leistungsbeschreibung und Hinweispflicht

*Rechtsanwalt Dr. Hayo Bernsmann*

In den vergangenen Jahren hat es eine Vielzahl an Urteilen und Veröffentlichungen gegeben, die sich mit dem funktionalen Mangelbegriff beschäftigen. Ausgangspunkt sind zumeist zwei BGH-Entscheidungen (Blockheizkraftwerk-Urteil des BGH vom 08.11.2007, Az. VII ZR 183/05, NJW 2008, 511 und Düker-Urteil des BGH vom 29.09.2011, Az. VII ZR 87/11, NJW 2011, 3780).

Der Begriff des Mangels ist in § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB definiert. Auch § 13 Abs. 1 VOB/B enthält eine im Wesentlichen identische Formulierung. Demnach gehören zu der vereinbarten Beschaffenheit alle Eigenschaften des Werkes, die nach der Vereinbarung der Parteien den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführen sollen. Neben ausdrücklichen Vereinbarungen kommt es auch darauf an, welche Funktion das Werk nach dem Willen von beiden Parteien erfüllen soll und was sich im Wege der Auslegung als vorausgesetzte Beschaffenheit ergibt. Ergänzend kommt es auf die Eignung der Werkleistung für die gewöhnliche Verwendung an oder auf die Beschaffenheit, die üblich ist, oder vom Besteller bei Werken dieser Art erwartet werden kann.

Der BGH hat durch die beiden Urteile bestätigt, dass ein Werk mangelhaft ist, wenn es die nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion nicht erreicht. Dies gilt ausdrücklich unabhängig davon, ob die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart haben oder ob die allgemein anerkannten Regeln der Technik eingehalten worden sind (BGH vom 08.11.2007, Rn. 15).

Besonderheit in dem Blockheizkraftwerk-Urteil ist, dass die mangelnde Funktion einer neu installierten Heizungsanlage ausschließlich darauf zurückzuführen war, dass ein zeitgleich eingebautes Blockheizkraftwerk keine ausreichende Wärme zur Verfügung stellte. Um die für die Heizung notwendige Wärme zu haben (Abwärme), hätte mehr Strom abgerufen werden müssen. Die Leistung des Heizungsbauers für sich genommen war nicht zu beanstanden. Dies ändert nach dem BGH jedoch nichts daran, dass das Werk mangelhaft ist, auch wenn dies darauf zurückzuführen ist, dass die Vorleistung eines anderen Unternehmers mangelhaft ist (BGH vom 08.11.2007, Rn. 15 und Rn. 19).

Auch in der Düker-Entscheidung (BGH vom 29.09.2011, Rn. 11) hat der BGH, ausgehend von dem funktionalen Mangelbegriff, eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit angenommen, weil der von dem Vertrag verfolgte Zweck der Herstellung der Werkleistung nicht erreicht wurde. In diesem Fall hatten die Parteien vereinbart, dass ein unterirdisch verbauter Düker nur schematisch und nicht exakt vermessen wird. Auch hier hatte der Unternehmer die vertragliche Verein-



barung eingehalten, und dennoch ist der BGH von der Mangelhaftigkeit der Einmessung ausgegangen.

In beiden Urteilen stellt der BGH klar, dass Vereinbarungen zur Ausführungsart oder die Einhaltung von DIN-Normen und anderen technischen Regelwerken für die Frage, ob ein Mangel vorliegt, nicht das entscheidende Kriterium sind (beispielsweise BGH vom 08.11.2007, Rn. 16 und 19 oder BGH vom 29.09.2011, Rn. 11). Es ist ein Werkerfolg geschuldet und dafür steht die Funktionalität im Vordergrund. Technische Regelwerke oder vertragliche Regelungen wie Leistungsverzeichnisse, Leistungsbeschreibungen, Pläne etc. sind nach dem BGH lediglich bei der Auslegung zu berücksichtigen.

Oft wird von der Rechtsprechung und Literatur nicht ausreichend zwischen den verschiedenen Begrifflichkeiten bzw. Ebenen differenziert, beispielsweise zwischen der Leistungsbeschreibung einerseits, dem Mangel andererseits und schließlich den sich daraus ergebenden Rechtsfolgen. Hier liegt meines Erachtens der Schlüssel für eine sachgerechte Bewertung der aktuellen Rechtsprechung. Das Leistungsverzeichnis, die Leistungsbeschreibung, Pläne und andere Vertragsunterlagen regeln, für welche konkret definierten Werkleistungen welcher vereinbarte Preis gezahlt wird. Diese Regelungen ändern an dem funktionalen Mangelbegriff aber nichts. Durch diesen Mangelbegriff erfolgt gerade keine Globalisierung der Leistungsbeschreibung, wie beim Global-Pauschalpreisvertrag. Entgegen anderslautenden Stimmen wird durch den funktionalen Mangelbegriff dem Auftragnehmer nicht zugemutet, zusätzliche Leistungen kostenlos zu erbringen. Einzelheiten sind hier zwar umstritten. Wenn die Funktionalität fehlt, sind aber zwangsläufig Mehrleistungen oder andere Leistungen zu erbringen. Diese sind zusätzlich zu vergüten. Hierbei wird es sich oft um Sowie-so-Kosten handeln, die im Wege der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen sind (BGH 08.11.2007, Rn. 19).

### **Prüf- und Hinweispflicht**

Von den Unternehmen wird die Prüf- und Hinweispflicht oft als lästige Belastung empfunden und sich vorrangig auf die handwerkliche Ausführung der Arbeiten vor Ort konzentriert. Die sorgfältige Wahrnehmung der Prüf- und Hinweispflicht ist nicht nur dann entscheidend, wenn sich die Vorgaben des Vertrags (Leistungsbeschreibung, Pläne, LV etc.) nicht umsetzen lassen. Mindestens ebenso wichtig ist die Wahrnehmung der Prüf- und Hinweispflicht dann, wenn mit den ausgeführten Arbeiten des Unternehmers die Vorgaben des Vertrags zwar umgesetzt werden können, es darüber hinaus jedoch unter dem Gesichtspunkt der Funktionsfähigkeit der Werkleistung Schwierigkeiten geben kann. Der Unternehmer ist stets gut beraten, nicht nur für die Umsetzung seiner eigenen konkreten Arbeiten die Prüf- und Hinweispflicht wahrzunehmen, sondern „mitzudenken“ und auch entsprechende Hinweise zu erteilen, falls über seinen konkret im Vertrag geregelten Leistungsumfang hinaus aufgrund der Rahmenbedingungen die Funktionalität des eigenen Gewerks infrage steht. Wie weit die Prüf- und Hinweispflicht reicht, ist im Einzelfall zu be-

werten. Dies zu klären, würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Dennoch wird an den zitierten Urteilen des BGH deutlich, dass allein die Prüfungs- und Hinweispflicht darüber entscheiden kann, ob für eine nach Vertrag hergestellte Werkleistung eine Haftung des Unternehmers besteht oder nicht. Vom Grundsatz haftet der Unternehmer für die mangelhafte Werkleistung im Sinne des funktionalen Mangelbegriffs. Der Unternehmer kann sich entlasten, wenn er nachweisen kann, dass er die Prüf- und Hinweispflicht ausreichend wahrgenommen hat oder dass er die Problematik nicht erkennen konnte.

Aufgrund des weiten funktionalen Mangelbegriffs sollten die Unternehmer die Prüf- und Hinweispflicht und die daraus folgende Möglichkeit einer Haftungsbefreiung als wichtiges Element der eigenen Risikobegrenzung und Verteidigungsstrategie wahrnehmen. Dies bringt für den Unternehmer viele Vorteile, sodass die Prüf- und Hinweispflicht eher als Chance, denn als Belastung gesehen werden sollte. Großer Vorteil des Auftragnehmers ist, dass er dabei nicht abschließend entscheiden muss, sondern dass es Verantwortlichkeit und Aufgabe des Auftraggebers ist, hier die Entscheidung zu treffen und gegebenenfalls vorher Sonderfachleute einzuschalten oder Erkundigungen einzuholen. Unabhängig davon lässt sich durch die Wahrnehmung der Prüf- und Hinweispflicht oft eine Nachtragsbeauftragung realisieren. In der Regel kommt es zu Mehrleistungen oder zu teureren Ausführungsvarianten. Oft hat der Unternehmer gute Chancen, einen Nachtragsauftrag zu erhalten, wenn er ansonsten für die Funktionalität der Werkleistung nicht haften muss.

### **Abgrenzungsprobleme**

In der Praxis ist immer wieder die Abgrenzung zwischen der vertraglich geschuldeten Leistung (Tatbestandsseite) zu der Haftungsbefreiung durch Prüfpflicht (Rechtsfolgenseite) problematisch. Das OLG München hatte in einem Urteil vom 05.06.2013 (Az.: 3 U 1425/12 Bau) einen Mangel abgelehnt. Die Stärke einer Bodenplatte einer Halle war explizit mit 15 cm vereinbart. Dies war für die beabsichtigte Nutzung der Halle (Befahrung mit schweren Fahrzeugen und Gabelstaplern) nicht ausreichend. Das OLG München hat bestätigt, dass die vertragliche Vorgabe grundsätzlich eingehalten ist (§ 633 Abs. 2 S. 1 BGB). Das OLG München hat argumentiert, dass dann nicht nach § 633 Abs. 2 S. 2 BGB auf die vom Vertrag vorausgesetzte Verwendung oder auf die gewöhnliche Verwendung abgestellt werden kann. Dies greife nur nachrangig, wenn keine vertragliche Vereinbarung existiert.

Insoweit weicht das Urteil des OLG München von der BGH-Rechtsprechung ab. Auch in den beiden zitierten BGH-Urteilen (Blockheizkraftwerk-Urteil und Düker-Urteil) war die explizite vertragliche Vereinbarung eingehalten worden und der BGH hatte nach dem funktionalen Mangelbegriff einen Mangel angenommen. Überträgt man die Grundsätze zum funktionalen Mangelbegriff, hätte aus technischer Sicht zwar ein Mangel bestätigt werden müssen, möglicherweise jedoch wegen fehlender Erkennbarkeit der Problematik ein Verstoß gegen die Prüf- und Hinweispflicht abgelehnt werden müssen. Immerhin gab es zur Bodenplatte eine Statik

und der Bauherr hatte gesagt, der Unternehmer müsse sich daher um die Stärke der Bodenplatte „nicht kümmern“. Dies reduziert die Anforderungen an die Prüf- und Hinweispflicht.

Damit wird vom OLG München die Regelung einer Haftungsbefreiung, die die Rechtsfolgenseite betrifft, auf die Tatbestandsseite verlagert. Daher weicht das Urteil des OLG München von der BGH-Rechtsprechung zum funktionalen Mangelbegriff ab. Weiter widerspricht dies der Formulierung in § 13 Abs. 3 VOB/B, die von einer Haftungsentlastung ausgeht. Schließlich widerspricht es sowohl der historischen als auch der systematischen Auslegung. In den Motiven des BGB heißt es dazu, dass es als Selbstverständlichkeit zu betrachten sei, dass für solche Mängel, die ihren Grund in der Fehlerhaftigkeit des vom Besteller gelieferten Stoffs oder in den vom Besteller erteilten Anweisungen haben, eine Haftung des Unternehmers entfällt (Mugdan, Motive zum BGB II Seite 485, zitiert nach Popescu, BauR 2017, 443).

Letztlich handelt es sich bei der Prüf- und Hinweispflicht um einen allgemeinen Grundsatz und eine Konkretisierung von Treu und Glauben, die auch über den Anwendungsbereich der VOB/B hinaus Geltung hat (BGH vom 08.11.2007, Rn. 22). Für diesen Ausnahmetatbestand oder Befreiungstatbestand trägt nach richtiger Auffassung der Auftragnehmer die Darlegungs- und Beweislast (beispielsweise BGH vom 08.11.2007 und Werner/Pastor, a.a.O., Rn. 2037).

### **Beschaffenheitsvereinbarung nach unten**

Grundsätzlich steht es den Parteien im Rahmen der Vertragsfreiheit frei, geringere qualitative Anforderungen an das bestellte Werk zu vereinbaren, als sie üblich sind. Gibt der Besteller ein nur eingeschränkt brauchbares oder taugliches Werk in Auftrag, hat er die daraus entstehenden Folgen zu tragen. Allerdings sind zu Recht an eine solche „Beschaffenheitsvereinbarung nach unten“ strenge Anforderungen zu stellen. Gänzlich scheidet eine solche „Beschaffenheitsvereinbarung nach unten“ immer dann aus, wenn die Funktionstauglichkeit der Werkleistung damit nicht erreicht werden kann (OLG Celle vom 16.05.2013, Az. 13 U 11/09, IBR 2015, 655). Dies ist auch zutreffend. Auch der BGH hatte in dem Düker-Urteil vom 29.09.2011 entschieden, dass eine solche „Beschaffenheitsvereinbarung nach unten“ nicht wirksam vereinbart wurde.

Das OLG Zweibrücken hat mit einem Urteil vom 03.12.2013, Az. 8 U 32/11 (IBR 2017, 18) bestätigt, dass eine Werkleistung aufgrund des funktionalen Mangelbegriffs mangelhaft ist, obwohl zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer reduzierte Standards vereinbart wurden. Statt einer Klimatisierung eines Fitnessstudios war lediglich vereinbart, dass die Lüftungsanlage einen sechsfachen Luftwechsel je Stunde sicherstellen muss. Auch dies war im Ergebnis keine wirksame „Beschaffenheitsvereinbarung nach unten“. Ferner genügt es nach dem OLG München (Urteil vom 26.02.2013, Az. 9 U 1553/12 Bau, IBR 2014, 137) nicht, wenn explizit in der Baubeschreibung eines Einfamilienhauses geregelt wird, dass mehrere Räume einen einheitlichen Heizkreislauf bilden. Auch für eine abweichende Vereinbarung

zum Schallschutz bei Reihenhäusern reicht eine Vereinbarung in der Baubeschreibung nicht aus (BGH vom 20.12.2012, Az. VII ZR 209/11, NJW 2013, 684). Gleiches gilt für die Vereinbarung der Schalldämmung bei Eigentumswohnungen nach DIN 4109 (BGH vom 04.06.2009, Az. VII ZR 54/07, NJW 2009, 2439).

Wenn eine vorgesehene Ausführungsart eine unübliche Qualitätsminderung zur Folge hat, muss der Unternehmer den Auftraggeber hierüber unmissverständlich aufklären (BGH, NJW 2009, 2439 oder Staudinger-Peters/Jacoby, Stand 2014, § 633 Rn. 174).

Entweder es wird explizit eine Haftungsbefreiung vereinbart oder es wären meines Erachtens die Anforderungen entsprechend heranzuziehen, die für die Prüf- und Hinweispflicht gelten. Der Auftragnehmer muss dem Auftraggeber unmissverständlich vor Augen führen, was die Ausführung nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik wäre bzw. was eine übliche Beschaffenheit oder eine nach dem Vertrag vorauszusetzende Beschaffenheit wäre. Es müsste dann aufgezeigt werden, dass hiervon abweichend eine andere Ausführung gewählt wird. Auch hier müsste dann der Auftraggeber angesichts dieses Hinweises bewusst entscheiden, dass eine vertragliche Risikoübernahme erfolgt.

Angesichts der Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung und der zunehmenden Relevanz des funktionalen Mangelbegriffs sollte aus Sicht des Verfassers von einer solchen „Beschaffenheitsvereinbarung nach unten“ möglichst Abstand genommen werden. Wenn ausnahmsweise eine solche Regelung dennoch gewollt ist, sollte zuvor eine rechtliche Prüfung erfolgen und zwischen beiden Seiten eine individuell ausgehandelte Regelung getroffen werden.

---

### Zum Autor

Rechtsanwalt **Dr. Hayo Bernsmann** ist Partner bei SMNG und seit 2000 für die Kanzlei tätig. Schwerpunkte seiner Tätigkeit sind das private Baurecht sowie das Architekten- und Ingenieurrecht. Neben der gerichtlichen und außergerichtlichen Vertretung vor allem mittelständischer Mandanten ist Rechtsanwalt Dr. Bernsmann bei SMNG auch zentral für die Durchführung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen verantwortlich. Neben seiner anwaltlichen Tätigkeit ist Rechtsanwalt Dr. Bernsmann als Dozent an der Europäischen Studienakademie Kälte-Klima-Lüftung (ESaK) in Maintal tätig.



# Möglichkeiten der Anspruchsdurchsetzung bzw. Anspruchsabwehr

*Rechtsanwalt Klaus-Peter Radermacher*

Die Austragung von Streitfällen im Zusammenhang bei der Abwicklung von Baumaßnahmen kann im Rahmen eines förmlichen gerichtlichen Prozesses vor einem staatlichen Gericht, vor einem von den Parteien selbst gewählten Schiedsgericht oder außerhalb eines Prozesses/Verfahrens im Wege einer, gegebenenfalls moderierten, Einigung erfolgen.

## 1. Prozessuale Möglichkeiten

Die „klassische“ Möglichkeit, streitige Ansprüche zu klären, besteht darin, ein gerichtliches Verfahren durchzuführen. Da es sich bei diesen Streitigkeiten häufig um Angelegenheiten aus einem Rechtsgeschäft handelt, das für beide Teile ein Handelsgeschäft ist bzw. um Geschäfte, an denen zumindest auf der einen Seite ein Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuchs (HGB) beteiligt ist, kommt dann die Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen in Betracht (§§ 95, 96 GVG). Dieser Spruchkörper wird auf Antrag einer Partei tätig; anderenfalls verbleibt der Rechtsstreit bei der „normalen“ Zivilkammer. Fallweise sind bei Gerichten mittlerweile auch spezialisierte Baukammern eingerichtet worden.

Ein gerichtliches Klageverfahren wird dadurch eingeleitet, dass die klagende Partei einen bestimmenden Schriftsatz, die Klageschrift, einreicht. In einem solchen Schriftsatz müssen die beklagte Person, der Antrag, zu was er/sie verurteilt werden soll, die anspruchsbegründenden Tatsachen sowie die zur Verfügung stehenden Beweismittel bezeichnet sein (§§ 130, 253 ZPO). Nach Eingang der Klage fordert das Gericht bei der Klagepartei zunächst einen Kostenvorschuss ab, der sich nach dem Streitwert richtet. Nach Einzahlung des Vorschusses wird die Klage dem Gegner zugestellt. Dabei wird der Beklagtenseite üblicherweise eine sogenannte Notfrist, also eine Frist, die nicht verlängerbar ist und deren Nichteinhaltung auch nicht heilbar ist (§ 224 ZPO), gesetzt, um zu erklären, dass sie sich gegen die Klage verteidigen wird. Binnen einer weiteren Frist wird der Beklagtenpartei aufgegeben, auf die Klage zu erwidern. Dabei ist alles vorzutragen, was gegen den Klageanspruch einzuwenden ist und auch insoweit die erforderlichen Beweismittel zu bezeichnen.

Nach freiem Ermessen bestimmt das Gericht sodann die weitere Vorgehensweise. Entweder kann bereits nach Vorliegen der Klageerwidern (bzw. sogar schon mit der Zustellung der Klageschrift) ein früher erster Termin zur mündlichen Verhandlung inklusive Güteverhandlung bestimmt (§ 275 ZPO). Das Gericht kann aber auch das schriftliche Vorverfahren anordnen (§ 276 ZPO). Dies bedeutet, dass die Parteien zunächst Schriftsätze wechseln und das Gericht sodann die Sache möglicherweise ausdifferenzierter beurteilen kann und dann einen Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt.

Das Gericht ist verpflichtet, in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Einigung der Parteien hinzuwirken (§ 278 Abs. 1 ZPO). Es wird daher im Regelfall versucht werden, in einer der Hauptverhandlung vor geschalteten Güteverhandlung die Parteien zu einem Vergleichsschluss zu bewegen (§ 278 Abs. 2 ZPO). Kommt eine solche Einigung nicht zustande, tritt das Gericht in die eigentliche mündliche Verhandlung und damit in das streitige Verfahren ein. Die Parteien stellen dann im Regelfall die Anträge. Es schließt sich häufig, da es zumeist um die Klärung technischer Fragen als Grundlagen für Vergütungsansprüche oder Mängelbehauptungen geht, die Einholung eines Sachverständigengutachtens als Beweismittel an.

Da das Gericht im Regelfall nicht über den erforderlichen technischen Sachverstand verfügt, muss es sich zur Entscheidungsfindung in dieser Hinsicht, gegebenenfalls auch in baubetrieblicher und baupreislicher Hinsicht, durch einen Sachverständigen beraten lassen. Im Regelfall wird ein öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger aus dem entsprechenden Fachbereich beauftragt. Der gerichtliche Sachverständige, der sein Gutachten in Person zu erstellen hat, kann sich zur Gutachtenerstellung gegebenenfalls Hilfspersonals bedienen, also weitere Sachverständige für weitere Fachgebiete hinzuziehen. Dies erfolgt in Abstimmung mit dem Gericht; die Parteien sind gegenüber dem Sachverständigen nicht weisungsbefugt, da alleiniger Auftraggeber des Sachverständigen das Gericht ist (§§ 404, 407 ZPO). Der Sachverständige legt, nachdem er gegebenenfalls einen oder mehrere Ortstermine durchgeführt hat, ein Gutachten vor, das die Parteien zur Stellungnahme erhalten. Erfahrungsgemäß werden Einwendungen, insbesondere durch die Partei erhoben, zu deren Lasten das Gutachten ausfällt. Im Regelfall wird der Sachverständige aufgefordert, ein schriftliches Ergänzungsgutachten zu erstatten. Ergänzend bzw. alternativ kann der Sachverständige auch zur Erläuterung seines Gutachtens in einem Termin zur mündlichen Verhandlung geladen werden.

Sofern erforderlich, erhebt das Gericht zudem Beweis durch Vernehmung von Zeugen oder die Auswertung von Urkunden, um zu einer abschließenden Entscheidung zu gelangen. Ist die Beweisaufnahme abgeschlossen und hält das Gericht den Rechtsstreit für entscheidungsreif, wird ein Urteil erlassen. Dabei wird es in Bauprozessen, bei denen es nicht nur um die Klärung rechtlicher, sondern in erheblichem Umfang auch um tatsächliche Fragen geht, selten 100% zu Gunsten oder zu Lasten einer Parteien entschieden. Dementsprechend haben die Parteien die Kosten nach dem Obsiegen oder Unterliegen anteilig zu tragen.

Die Partei, zu deren Lasten das Urteil ausgefallen ist, kann im Umfang, in dem sie „beschwert“ ist, in dem sie also durch das Urteil belastet wird, die Berufung zum Oberlandesgericht (bei Streitwerten bis € 5.000,00 zum Landgericht) einlegen (§§ 511 ff. ZPO). Die Berufung muss innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils eingelegt werden (wiederum Notfrist) und ist innerhalb eines weiteren Monats zu begründen (§§ 517, 520 ZPO). Zu beachten ist, dass sämtlicher Tatsachenvortrag in der ersten Instanz zu erfolgen hat. Neue Tatsachen, die bereits in der ersten Instanz vorzutragen gewesen wären und bekannt waren, aber nicht vorgetra-

gen wurden, werden in der zweiten Instanz grundsätzlich nicht mehr berücksichtigt (§ 531 Abs. 1 ZPO). Die Berufungsinstanz ist dafür vorgesehen, insbesondere Rechtsfehler der ersten Instanz zu korrigieren. Hierzu kann auch eine Nachholung einer Beweisaufnahme, also Überprüfungen in tatsächlicher Hinsicht, gehören, wenn die erste Instanz dies rechtsfehlerhaft unterlassen hat. Neuer Sachvortrag, der in der ersten Instanz noch nicht erfolgt ist, ist nur ausnahmsweise möglich (§ 531 Abs. 2 ZPO – neue Angriffs- und Verteidigungsmittel).

Gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts ist in bestimmten Fällen ein weiteres Rechtsmittel, die Revision zum Bundesgerichtshof (BGH), gegeben (§§ 542 ff ZPO). Die Revision kann nur darauf gestützt werden, dass die angegriffene Entscheidung auf einer Rechtsverletzung beruht (§ 545 ZPO). Sofern die Sache rechtsgrundsätzliche Bedeutung hat, lässt das Oberlandesgericht bei seinem Berufungsurteil die Revision ausdrücklich zu. Anderenfalls schließt das Urteil des Oberlandesgerichtes mit der Feststellung, dass die Revision nicht zugelassen wird oder es wird keine Aussage zu der Revision getroffen. In diesen Fällen ist ein Rechtsmittelführer verpflichtet, zunächst eine Nichtzulassungsbeschwerde durchzuführen, bei der geprüft wird, ob trotz der Nichtzulassung der Revision durch das Berufungsgericht dennoch das Rechtsmittel der Revision möglich ist (§ 544 ZPO). Erst wenn dieser Zwischenschritt erfolgreich für den Rechtsmittelführer beschieden wurde, kann die Revision durchgeführt werden. Hintergrund für dieses Zwischenverfahren ist die Überlegung, dass der Bundesgerichtshof als Revisionsgericht die Aufgabe hat, die Einheitlichkeit der Rechtsprechung und Rechtsanwendung sicherzustellen. Dieser Kontrollfunktion könnte es entgegenlaufen, wenn das oberste Gericht mit Revisionen überschwemmt würde. Andererseits wird nicht zu Unrecht kritisiert, dass durch die Nichtzulassungsbeschwerde die Revisionsinstanz durch die Praxis der Zulassungsentscheidung von der Rechtswirklichkeit abgeschottet wird. Festzuhalten bleibt, dass der weit überwiegende Teil der Nichtzulassungsbeschwerden im Ergebnis nicht erfolgreich ist.

Der Bundesgerichtshof in der Revision prüft lediglich noch Rechtsfragen. Er kann die Angelegenheit gegebenenfalls zur weiteren Bearbeitung an das Oberlandesgericht zurückverweisen. Wenn der BGH durch Urteil über die Revision abschließend entschieden hat, ist der Rechtsweg erschöpft. Im Interesse des Rechtsfriedens bestehen dann keine Möglichkeiten mehr, gegen das Endurteil des BGH vorzugehen.

## 2. Selbständiges Beweisverfahren

In baurechtlichen Streitigkeiten geht es häufig darum, ob die Werkleistung des Unternehmers frei von Mängeln ausgeführt wurde. Hierüber kann zwischen den Parteien auch schon in einem frühen Stadium der Bauausführung Streit bestehen. Die Baubeteiligten können daher unter anderem zur Klärung, ob Mängel vorliegen, ein selbständiges Beweisverfahren nach §§ 485 ff. ZPO einleiten.

Der Antragsteller wendet sich an das für ihn zuständige Gericht und beantragt, durch die Einholung eines Sachverständigengutachtens festzustellen, dass die Leis-

tung Mängel aufweist bzw. mangelfrei ist, je nachdem, wer das Verfahren initiiert. Das Gericht wird, wie vorstehend unter 1. beschrieben, einen Sachverständigen mit Feststellungen beauftragen. Der Vorteil besteht darin, dass die diesbezüglichen Feststellungen in einem etwa später zu führenden Folgeprozess nicht mehr angegriffen werden können und Bindungswirkung für die Beteiligten entfalten. Aus diesem Grunde erfolgen regelmäßig Streitverkündungen, bei denen weitere Baubeteiligte (z.B. Nachunternehmer, Architekten) in das Verfahren einbezogen werden. Die Streitverkündung führt ebenfalls die Bindungswirkung herbei (§ 74 ZPO) – in einem möglichen Folgeprozess muss der Streitverkündete die tatsächlichen Feststellungen aus dem vorangegangenen selbständigen Beweisverfahren gegen sich gelten lassen.

Der Nachteil des gerichtlichen selbständigen Beweisverfahrens besteht entgegen der ursprünglichen gesetzgeberischen Intention darin, dass es sich letztlich in der Praxis um kein Eilverfahren handelt. Nach Eingang des Antrags auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens erhält der Gegner den Antrag zur Stellungnahme und wird versuchen, die Beweiserhebung zu verhindern oder zumindest abzuschwächen. Die gerichtlich bestellten Sachverständigen arbeiten regelmäßig mit keiner sehr hohen Geschwindigkeit, was auch an der erheblichen Auslastung dieser Sachverständigen liegt. Liegt das Gutachten dann vor, bestehen, wie unter 1. dargestellt, die Möglichkeiten für die Parteien, gegen das Gutachten Einwendungen zu erheben und den Sachverständigen möglicherweise auch in einem Termin zur mündlichen Verhandlung zu hören. Vor diesem Hintergrund können selbständige Beweisverfahren teilweise jahrelang andauern, so dass der Beschleunigungseffekt dort nicht erreicht wird.

Aus diesem Grunde wählen die Parteien zur beschleunigten Feststellung von Mangelsachverhalten ein anderes Verfahren, indem sie Privatsachverständige beauftragen oder eine schiedsgutachterliche Vereinbarung treffen. Ein von einer Partei eingeschalteter privater Gutachter sollte in jedem Fall ein öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger sein, da dessen Aussagen nach der einschlägigen Rechtsprechung als qualifizierter Parteivortrag vom Gericht zu berücksichtigen ist. Der Vorteil besteht auch darin, dass kostengünstiger und zügiger eine gutachterliche Stellungnahme vorliegt.

### **3. Einstweiliges Verfügungsverfahren**

In bestimmten Fällen kann es erforderlich sein, unverzüglich, also ohne weitere zeitliche Verzögerung, eine Entscheidung, zumindest vorläufig, treffen zu lassen. Hierfür stellt die Zivilprozessordnung das Rechtsmittel der einstweiligen Verfügung bereit (§§ 935 ff ZPO). Mit einer einstweiligen Verfügung wird eine sehr kurzfristige Entscheidung eines Gerichts herbeigeführt, die allerdings nur vorläufig ist. Die Endentscheidung bleibt einem anschließenden streitigen Hauptsacheverfahren vorbehalten. Hauptanwendungsfall einer einstweiligen Verfügung in baurechtlichen Streitigkeiten ist die Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek nach § 648 BGB.



#### 4. Schiedsgerichtliches Verfahren

Die Parteien können auch vereinbaren, dass sie eine Streitigkeit den staatlichen Gerichten entziehen und einem Schiedsgericht übertragen. Bei größeren Streitigkeiten bestellt jede Partei einen Schiedsrichter, wobei die beiden bestellten Schiedsrichter dann einen Obmann als Vorsitzenden wählen.

Der Vorteil der Schiedsgerichte wird darin erblickt, dass diese zumeist schneller und unkomplizierter als die staatlichen Gerichte handeln können und im Regelfall mit baurechtlichen Fachleuten besetzt sind. Nennenswerte Kostenersparnisse sind mit einem Schiedsgerichtsverfahren allerdings nicht immer verbunden, da die Schiedsrichter auf der Grundlage des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes in Abhängigkeit vom Streitwert oder zu treffender Honorarvereinbarungen bezahlt werden.

#### 5. Mediation

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass zunehmend auch im baurechtlichen Bereich Mediationsverfahren angeboten werden. Insbesondere bei gerichtlichen Mediationsverfahren wird die Angelegenheit einem extra hierfür ausgebildeten oder zugeteilten Richter übertragen (Güterichter). Dieser lädt die Parteien zu einem Verhandlungstermin, der bewusst nicht in einem üblichen Verhandlungssaal, sondern in einem Besprechungszimmer und möglichst unbürokratisch und unformell stattfindet. Der Richter ist hierbei eher Moderator, der versucht, die wechselseitigen Interessen der Parteien zu ermitteln und einer gütlichen Einigung zu zuführen. Ziel ist die Förderung der außergerichtlichen Konfliktbeilegung.

---

#### Zum Autor



Rechtsanwalt **Klaus-Peter Radermacher** ist Partner und Gesellschafter bei SMNG und seit 1997 für die Kanzlei tätig. Schwerpunkte seiner anwaltlichen Praxis sind das Private Baurecht sowie Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Zusatzversorgungskasse für das Baugewerbe und der Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (SoKa-Bau). Sein Fokus liegt dabei auf der außergerichtlichen Beratung, aber auch gerichtlichen Vertretung mittelständischer Bauunternehmen. RA Radermacher tritt regelmäßig als Referent auf, unter anderem bei In-House-Schulungen in Unternehmen, als Dozent bei Verbandsveranstaltungen sowie bei von Mandanten organisierten Kundenseminaren. Er ist Mitglied im Frankfurter AnwaltsVerein e.V. und im Centrum für Deutsches und Internationales Baugrund- und Tiefbaurecht e.V. (CBTR). Überdies ist RA Radermacher Mitherausgeber und Autor des Fachbuchs *Stahr/Radermacher, Sanierung von Metallbauteilen: Verfahren und rechtliche Aspekte*, Springer Vieweg Verlag (2014).

## Bürgschaften im Bauwesen

*Rechtsanwältin und Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht Carolin Parbs-Neumann*

Die Durchsetzbarkeit von Forderungen in der Insolvenz des Vertragspartners scheitert oftmals an einer falschen Handhabung von Sicherheiten. In formaler und rechtlicher Hinsicht kann sehr schnell ein Fehler unterlaufen mit der Folge, dass die vermeintliche Sicherheit im Falle einer Insolvenz des Vertragspartners wertlos ist. Gerade angesichts der immer restriktiver werdenden Anforderungen in der Rechtsprechung betreffend die im Bauvertrag vereinbarten Sicherheitenklauseln ist der Bauherr/Auftraggeber gut beraten, wenn er seine Vertragsbedingungen zu den Sicherheiten einer anwaltlichen Überprüfung unterziehen und diese regelmäßig aktualisieren lässt. Das investierte Honorar spart er im Zweifel dadurch ein, dass er im Falle einer Insolvenz seines Auftragnehmers für die Gewährleistungsansprüche auf eine werthaltige Sicherheit zurückgreifen kann, anstatt nach einem – möglicherweise jahrelangen! – Bauprozess vom Gericht bescheinigt zu bekommen, dass die vertragliche Verpflichtung zur Stellung von Sicherheiten unwirksam ist.

Nachfolgend wird am praktisch wichtigsten Beispiel der Bürgschaft erläutert, worauf hierbei geachtet werden muss.

### Vertragserfüllungsbürgschaft

Vorausgeschickt sei, dass sich die Verpflichtung des Auftragnehmers zur Stellung von Sicherheiten nicht etwa automatisch daraus ergibt, dass die Vertragsparteien die Geltung der VOB/B vereinbart haben. Auch im VOB/B-Bauvertrag bedarf es einer ausdrücklichen Regelung, wonach der Auftragnehmer dem Auftraggeber eine Sicherheit zu stellen hat. Dies versteht sich nicht nur für die Vertragserfüllungsbürgschaft, sondern auch für die nachfolgend behandelte Mängelbürgschaft (= Gewährleistungsbürgschaft).

Da üblicherweise Bürgschaftsmuster verwendet werden, die im Konfliktfall einer richterlichen Kontrolle auf AGB-rechtliche Wirksamkeit hin unterliegen, sollte darauf geachtet werden, dass die Regelungen zu den Sicherheiten im Einklang mit § 17 VOB/B stehen. Dazu sieht § 17 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B grundsätzlich vor: „Die Sicherheit dient dazu, die vertragsgemäße Ausführung der Leistung und die Mängelansprüche sicherzustellen.“ Bereits diese Regelung weist einen Fallstrick auf, da sie bei textlicher Wiedergabe im Bürgschaftsmuster dazu führen kann, dass der Auftraggeber übersichert ist. Zur Vermeidung von Unwirksamkeitsrisiken sollte streng darauf geachtet werden, dass die Vertragserfüllungsbürgschaft nur solche Ansprüche des Auftraggebers absichert, die ihm in der Erfüllungsphase vor Abnahme gegen den Auftragnehmer zustehen können. Dies ist die vertragsgemäße Ausführung der Leistungen vor Abnahme, die ordnungsgemäße Abrechnung der Leistungen, die Beseitigung gerügter Mängel während der Bauphase, Schadenersatz sowie die Erstattung von Überzahlungen auf Abschlagsrechnungen einschließlich Zinsen.

Soweit sich in zahlreichen Bürgschaftsmustern eine Formulierung findet, wonach der Auftragnehmer verpflichtet ist, eine Sicherheit für die Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen aus dem Vertrag zu stellen, und zwar insbesondere für die vertragsgemäße Ausführung der Leistung einschließlich Abrechnung, Mängelbeseitigung, Schadensersatz sowie die Erstattung von Überzahlungen einschließlich Zinsen, begegnet diese Formulierung aufgrund der Gefahr einer Übersicherung zwischenzeitlich Wirksamkeitsbedenken. Die Verpflichtung des Auftragnehmers zur Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft sollte daher streng auf die Ansprüche vor Abnahme beschränkt werden, wenngleich damit der wirtschaftliche Wert einer Vertragserfüllungsbürgschaft ganz erheblich reduziert wird.

### Mängelbürgschaft

Nach Abnahme kann der Auftraggeber, wie in Bauverträgen üblicherweise vorgesehen, die Stellung einer Sicherheit in Höhe von 5% der Abrechnungssumme netto verlangen. Bei darüber hinausgehenden Prozentsätzen besteht das Risiko einer Unwirksamkeit gemäß § 307 BGB. Auch der Anspruch auf Stellung einer Mängelansprüchebürgschaft besteht nicht automatisch im VOB/B-Bauvertrag, sondern bedarf einer ausdrücklichen Vereinbarung. Inhaltlich sollte die Mängelbürgschaft sämtliche Ansprüche des Auftraggebers in der Phase nach Abnahme abdecken, also insbesondere Mängelansprüche und Schadensersatzansprüche.

Zu beachten ist noch, dass nach § 18 Abs. 8 Nr. 2, Satz 1 VOB/B eine nicht verwertete Sicherheit für Mängelansprüche nach Ablauf von zwei Jahren zurückzugeben ist, sofern kein anderer Rückgabezeitpunkt vereinbart worden ist. Es wäre also vertraglich entweder ein Rückgabezeitpunkt zu vereinbaren, oder aber die Regelung des § 17 Nr. 8 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B abzubedingen.

### Bauhandwerkersicherung § 648a BGB

Zur Absicherung im Falle einer auftraggeberseitigen Insolvenz sollte der Auftragnehmer frühzeitig von der Stellung einer Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB Gebrauch machen. Nach dieser Regelung kann der Werkunternehmer eine Sicherheit für die auch in Zusatzaufträgen vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen verlangen. Durch § 648a Abs. 1 Satz 3 BGB ist klargestellt, dass der Anspruch des Werkunternehmers auf Stellung einer Bauhandwerkersicherung nicht etwa dadurch ausgeschlossen wird, dass der Besteller Erfüllung verlangen kann oder das Werk abgenommen hat. Nach Satz 4 der Regelung bleiben Ansprüche, mit denen der Besteller gegen den Anspruch des Unternehmers auf Vergütung aufrechnen kann, bei der Berechnung der Höhe der Sicherheitsleistung unberücksichtigt, falls sie nicht unstreitig oder rechtskräftig festgestellt sind. Dies bedeutet, dass der Werkunternehmer auch dann Anspruch auf eine Sicherheit in Höhe der noch zu zahlenden Vergütung hat, wenn der Auftraggeber Zurückbehaltungsrechte wegen Mängeln geltend macht.

Zu beachten ist, dass der Werkunternehmer keinen Anspruch auf Stellung einer bestimmten Art der Sicherheit hat. Er kann also nur die Stellung einer Sicherheit nach § 648a BGB verlangen. Der Auftraggeber hat ein Wahlrecht zwischen den in § 232 Abs. 1 BGB genannten Formen der Sicherheit. In Betracht kommt also auch beispielsweise eine Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren. Die Auszahlung einer Sicherheit nach § 648a BGB kann nur dann verlangt werden, wenn die Forderung entweder anerkannt oder aber rechtskräftig festgestellt wird.

### **Inanspruchnahme von Bürgschaften**

Selbst wenn man im Falle einer Insolvenz über eine Sicherheit in Form einer Bürgschaft verfügt, muss die Auszahlung durch den Bürgen erst herbeigeführt werden. Oftmals ist mit der Inanspruchnahme des Bürgen ein nicht unerheblicher Aufwand bis hin zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung verbunden. Denn dem Bürgen stehen sämtliche Einwendungen des Hauptschuldners zu, also insbesondere die Unwirksamkeit der Sicherungsabrede und Verjährung der Hauptschuld.

Im Falle einer Nichtzahlung des Bürgen und gerichtlicher Geltendmachung muss also die Verjährung im Verhältnis zum Auftragnehmer als Hauptschuldner beachtet werden. Nicht ausreichend ist insoweit eine Mängelanzeige an den Insolvenzverwalter. Der Auftraggeber muss vielmehr die Forderungen wegen der Mängel zur Insolvenztabelle anmelden. Die Anmeldung zur Insolvenztabelle hat nach § 204 Abs. 1 Nr. 10 BGB verjährungshemmende Wirkung.

Zugleich ist sorgfältig darauf zu achten, dass für eine eigenständige Hemmung der Verjährung der Ansprüche gegen den Bürgen Sorge getragen wird. Eine Klage gegen den Werkunternehmer als Hauptschuldner hemmt die Verjährung der Forderung gegen den Bürgen nicht. Ist der Bürge nicht zu einem Verjährungsverzicht bereit, sollte der Auftraggeber die gerichtlichen Maßnahmen wie beispielsweise Kostenvorschussklage oder selbständiges Beweisverfahren trotz des erhöhten Kostenrisikos im Falle eines Unterliegens auch auf den Bürgen erstrecken. Eine Streitverkündung an den Bürgen wäre in diesem Fall nicht zulässig und daher nicht geeignet, die Verjährung der Ansprüche gegen den Bürgen zu hemmen.

Die Forderungen gegen den Bürgen verjähren gemäß § 195 BGB binnen drei Jahren, beginnend mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste. Ansprüche gegen den Bürgen werden in der Regel gleichzeitig mit der Hauptforderung fällig. Dies bedeutet, dass die Verjährung mit dem Schluss des Jahres zu laufen beginnt, in dem sie fällig geworden sind. Setzt der Auftraggeber also dem Auftragnehmer eine Frist zur Nachbesserung, wird mit fruchtlosem Fristablauf für diesen Mangel auch der Anspruch des Bürgen auf Zahlung von Geld fällig, und die dreijährige Verjährungsfrist beginnt zum nächsten Jahresende zu laufen.

Zusammenfassend ist zur Vermeidung von Rechtsnachteilen also für eine Anmeldung der Forderungen zur Insolvenztabelle Sorge zu tragen, um die Hemmung der

Verjährung gegenüber dem Hauptschuldner herbeizuführen. Wenn der Bürge keine Verjährungsverzichtserklärung für die Ansprüche aus der Bürgschaft abgeben sollte, ist auch in diesem Verhältnis für die rechtzeitige Geltendmachung von Forderungen durch verjährungshemmende Maßnahmen Sorge zu tragen.

Im Vorgriff auf etwaig gegen den Bürgen erforderliche gerichtliche Maßnahmen sollte in das Bürgschaftsmuster unbedingt eine Gerichtsstandsklausel aufgenommen werden, wonach der Auftraggeber ein Wahlrecht hinsichtlich des Gerichtsstandes hat. Nur so lässt sich vermeiden, dass der Gerichtsstand für den Schuldner ein anderer ist als derjenige für den Bürgen mit der Folge, dass dann zwei Prozesse an zwei verschiedenen Gerichten geführt werden müssten.

---

#### Zur Autorin



Rechtsanwältin **Carolin Parbs-Neumann** ist seit 1994 als Rechtsanwältin zugelassen und seit 2008 Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht. Schwerpunkte ihrer Tätigkeit sind die Vertragsberatung und projektbegleitende Rechtsberatung sowie die Interessenwahrnehmung vor den ordentlichen Gerichten und in Schiedsverfahren. Frau Rechtsanwältin Parbs-Neumann ist ständige Mitarbeiterin der Fachzeitschrift für Immobilien- und Baurecht (IBR) und Mitautorin des renommierten Handbuchs des Fachanwalts Bau- und Architektenrecht (Herausgeber Kuffer/Wirth), in dem sie für das Kapitel zu den Sicherheiten am Bau verantwortlich zeichnet.

# Die Abnahme der Bauleistung

*Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht Rafael Kurz*

Die in § 640 BGB geregelte rechtsgeschäftliche Abnahme lässt sich aus juristischer Sicht mit kurzen Worten als die im Regelfall körperliche Entgegennahme des Werks durch den Auftraggeber unter gleichzeitiger Billigung als im wesentlichen vertragsgemäße Leistung beschreiben. Für die Bauvertragsparteien hat die Abnahme weitreichende Folgen, da mit der Abnahme neben dem Gefahrübergang (§ 644 BGB) und der Voraussetzung für die Fälligkeit des Vergütungsanspruches (§ 641 Abs. 1 BGB) auch der Beginn der Verjährungsfrist für Mängelansprüche (§ 634a Abs. 2 BGB) sowie weitere Folgen einhergehen.

Der mit der Abnahme verbundene Übergang vom Erfüllungsstadium in das Stadium der Mängelhaftung verläuft häufig nicht konfliktfrei. So lässt sich anhand umfangreicher Abnahmeprotokolle mit diversen Vorbehalten, Bedingungen und Fristsetzungen und insbesondere auch an der Anwesenheit juristischer Berater der Bauvertragsparteien bei der Abnahme erahnen, dass spätestens mit der Fertigstellung der Leistungen die Interessen der Parteien einen diametralen Verlauf nehmen.

## Die Abnahme in der Praxis

Dem Auftraggeber ist vor allem bei gewerkeweiser Vergabe der Baumaßnahme daran gelegen, einen frühzeitigen Gefahrübergang einzelner Gewerke zu vermeiden und möglichst alle Leistungen in zeitlichem Zusammenhang mit der Gesamtfertigstellung und ggf. Übergabe an den künftigen Objektbenutzer abzunehmen. Da die Rechtsprechung einem vorformulierten Hinausschieben der Gewerkeabnahme auf den Zeitpunkt der Gesamtfertigstellung des Objektes vor allem in zeitlicher Hinsicht Schranken gesetzt hat, versucht mancher Auftraggeber auf anderem Wege, die Abnahme hinauszuzögern. So wird zum Teil über mehrtägige Abnahmetermine akribisch nach Beanstandungen gesucht und umfangreiche „Mängellisten“ als Anlage zum Abnahmeprotokoll erstellt. Alleine über die Masse der aufgeführten Mängel wird der Eindruck einer nicht abnahmereifen Leistung erweckt und damit die Zurückweisung der Abnahme begründet. Hierdurch kann der Auftraggeber Zeit bis zur Restfertigstellung des Objektes gewinnen; der Auftragnehmer hingegen sieht sich weiterhin zum Schutz seiner Leistung veranlasst, der wegen gefahrträchtiger Parallelgewerke kaum angemessen gewährleistet werden kann. Hier muss der Auftragnehmer sowohl in technischer als auch in juristischer Hinsicht abwägen, ob die Gründe des Auftraggebers tragen oder die Abnahme zu Unrecht verweigert wird. Dieses Beurteilungsrisiko des Auftragnehmers führt meist dazu, dass er den sicheren Weg geht und nach zunächst durchgeführter Mängelbeseitigung erneut und zum Teil wiederholt zur Abnahme auffordert.

## Lösungsversuche

Der Gesetzgeber hat mehrfach versucht, dem Auftragnehmer aus diesem Dilemma zu helfen. So wurde bspw. im Jahr 2000 mit dem Gesetz zu Beschleunigung fälliger Zahlungen § 641a in das BGB eingeführt, wonach es einer Abnahme gleich stand, wenn dem Werkunternehmer von einem Gutachter eine sog. Fertigstellungsbescheinigung über die Mangelfreiheit seiner Leistung ausgestellt wurde. Aufgrund mangelnder Durchsetzung in der Praxis wurde diese Regelung im Zuge des Forderungssicherungsgesetzes ab dem 01.01.2009 ersatzlos gestrichen.

Mit dem nun zum 01.01.2018 in Kraft tretenden neuen „Bauvertragsrecht“ wird ein weiterer Versuch unternommen, dem Werkunternehmer über eine sog. (gemeinsame) Zustandsfeststellung einfacher zur Abnahme zu verhelfen, vgl. § 650g BGB-neu (siehe Beitrag „Die Einführung eines gesetzlichen Bauvertragsrechts“ in dieser Festschrift). Ob es dem Gesetzgeber damit gelingt, eine für den Unternehmer praktikable und vor allem zielführende Lösung bereit zu stellen, wird sich in der Praxis zeigen. Im Falle fehlender Einigung über den (gemeinsam) festzustellenden Zustand bleibt aber zu befürchten, dass dem Auftragnehmer nach wie vor nur die zeitaufwändige Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens bleibt.

## Erklärungen im Zuge der Abnahme

Auch für den Auftraggeber gibt es bei der Abnahme zu berücksichtigende Aspekte. So muss der Auftraggeber in der Regel beim Abnahmetermin bestehende Vorbehalte (z.B. Mängel- oder Vertragsstrafenvorbehalte) erklären, damit ihm keine Rechtsverluste drohen; aber auch bei anderen Erklärungen im Abnahmeprotokoll ist seitens des Auftraggebers Vorsicht geboten.

Häufig versuchen Auftraggeber bzw. die für sie bei der Abnahme eingebundenen Architekten Klarheit hinsichtlich des Beginns und Endes der vereinbarten Verjährungsfristen für Mängelansprüche zu schaffen, indem konkrete Datumsangaben in das Abnahmeprotokoll aufgenommen werden. Diese an sich nicht notwendige – da sich aus Vertrag und Gesetz ergebende – Fristenberechnung durch den Auftraggeber ist risikobehaftet, denn nicht selten werden für besondere Gewerke abweichend von den üblichen 5 Jahren längere Fristen vereinbart (z. B. Abdichtung 10 Jahre). Obgleich damit kein gemeinsames Fristende für alle Leistungsteile besteht, kommt es nicht selten zur irrtümlichen Eintragung der kürzeren Frist als einheitliches Enddatum im Abnahmeprotokoll.

In dieser und anderen Konstellationen stellt sich die Frage, ob alleine durch die Eintragung eines von den vertraglichen Festlegungen abweichenden Datums in das Protokoll die Verjährungsfristen zu Lasten des Auftraggebers verkürzt werden können. Diese Frage möchte man verneinen, wenn man davon ausgeht, dass die Verjährung mit der Abnahme beginnt und der Auftragnehmer alle während der sich daran anschließenden Verjährungsfrist auftretenden Mängel zu beseitigen hat. Denn in der Regel wollen die Parteien mit der Angabe im Abnahmeprotokoll nur

die ohnehin vereinbarten Fristen datumsmäßig wiedergeben, ohne diese inhaltlich zu ändern.

Dieser Annahme folgt die Rechtsprechung nicht, da der Unterzeichner eines Abnahmeprotokolls in der Regel nicht nur eine Wissenserklärung abgibt, sondern eine Willenserklärung mit entsprechenden Folgen für den zugrundeliegenden Vertrag. Soweit ersichtlich hatten sich das OLG München im Jahr 2009, das OLG Braunschweig im Jahr 2012 und zuletzt das OLG Düsseldorf 2016 mit dieser Frage befasst. Nach deren Begründung stellt die Angabe einer vom Vertrag abweichenden Verjährungsfrist im Abnahmeprotokoll eine rechtsgeschäftliche individuelle Abänderungsvereinbarung zwischen den Bauvertragsparteien im Hinblick auf eine frühere vertragliche Regelung dar. Dass die Eintragungen bspw. durch einen Architekten ohne Abnahme-Vollmacht erfolgten und darüber hinaus auf einer irrtümlichen Fristenberechnung beruhten, ändert hieran nichts. Entsendet der Auftraggeber zu einem anberaumten Abnahmetermin einen Vertreter ohne Vertretungsmacht, muss er sich dessen – auch irrtümliche – Erklärungen nach den Grundsätzen zur Anscheinsvollmacht bzw. zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben zurechnen lassen, wenn er dem Abnahmeprotokoll nicht unverzüglich widerspricht. Diese Folge kann aus Sicht der Gerichte auch nicht überraschend sein, da es nicht ungewöhnlich ist, dass in einem Abnahmeprotokoll rechtserhebliche Erklärungen von den Vertragsparteien abgegeben werden, wie z. B. Mängel- und Vertragsstrafenvorbehalte.

### **Die Unterschrift des Auftragnehmers auf dem Abnahmeprotokoll**

Es ist damit sowohl für den Auftraggeber wie auch für den Auftragnehmer wichtig, sich genaue Gedanken über die im Abnahmeprotokoll festzuhaltenden Erklärungen zu machen, da diese mit erheblichen Rechtsfolgen und -verlusten verbunden sein können. Dies ist für den Auftragnehmer vor allem im Zusammenhang mit den vom Auftraggeber oft zahlreich in das Abnahmeprotokoll aufgenommenen „Feststellungen“ von Bedeutung. Neben den üblichen Vertragsstrafen- und sonstigen Vorbehalten werden regelmäßig seitens des Auftraggebers nicht nur alle von ihm behaupteten Mängel aufgenommen, sondern diese zugleich mit einer Beseitigungsfrist und Folgen für den Fristablauf verbunden.

Auch wenn die Rechtsprechung davon ausgeht, dass die Unterschrift des Auftragnehmers unter das Abnahmeprotokoll regelmäßig keine Anerkenntniswirkung haben soll, ist dennoch Vorsicht bei der Unterzeichnung geboten. Entziehen kann sich der Auftragnehmer dieser Unsicherheit, indem er das Protokoll nicht unterschreibt. Da die förmliche Abnahme nach der VOB/B nur von der Niederschrift des Befundes in gemeinsamer Verhandlung spricht, bedarf die Abnahme als einseitige Willenserklärung des Auftraggebers allenfalls seiner Unterschrift. Anderes gilt, wenn nach dem Vertrag die Unterschrift beider Parteien vereinbart ist; dann wird die beiderseitige Unterzeichnung Wirksamkeitsvoraussetzung der Abnahme sein.



Häufig sieht sich der Auftragnehmer aber dazu genötigt, trotz umfangreicher Vorbehalte und Forderungen des Auftraggebers das Abnahmeprotokoll zu unterschreiben, um die Abnahme nicht zu gefährden. Dann empfiehlt es sich dringend, die eigenen Einwendungen (z. B. Widerspruch gegen Mängelbehauptungen und Vorbehalte des Auftraggebers) in das Abnahmeprotokoll aufzunehmen, worauf der Auftragnehmer einen Anspruch hat (§ 12 Abs. 4 Nr. 1 Satz 4, 2. Hs. VOB/B).

### Ausblick

Das in der Abnahme steckende Konfliktpotenzial wird wohl auch künftig und selbst mit der Einführung des neuen Bauvertragsrechts nicht geringer. Die geänderten bzw. neu eingeführten Vorschriften zur Abnahmefiktion (§ 640 Abs. 2 BGB-neu) und Zustandsfeststellung (§ 650g Abs. 2 BGB-neu) zielen auf Sachverhalte ab, bei denen sich der Auftraggeber trotz Aufforderung durch den Auftragnehmer nicht zur Abnahmereife erklärt oder einer gemeinsamen Zustandsfeststellung fern bleibt; dies dürfte indes auf der Baustelle nicht der Regelfall sein. Künftig werden „unwillige“ Auftraggeber zur Vermeidung einer für sie nachteiligen Fiktion zumindest 1 Mangel behaupten bzw. an der Zustandsfeststellung zwar teilnehmen, sich aber nicht auf einen festzustellenden Zustand mit dem Auftragnehmer einigen.

Gesetzliche Regelungen können insoweit zwar helfen, bestehende Ansprüche zu sichern bzw. leichter durchzusetzen; solange die Bauvertragsparteien aber den auch bei der Abnahme fortwirkenden Kooperationsgedanken als bloße Floskel abtun, wird der Weg zur Abnahme ein steiniger bleiben.

---

### Zum Autor



Rechtsanwalt **Rafael Kurz**, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, ist Partner bei SMNG und seit 2002 für die Kanzlei tätig. Schwerpunkte seiner Tätigkeit sind das Private Baurecht sowie das Architekten- und Ingenieurrecht. Im Fokus seiner anwaltlichen Tätigkeit liegt die außergerichtliche Beratung, aber auch gerichtliche Vertretung mittelständischer Bauunternehmen, vor allem im Gewerk Fenster und Fassaden. RA Kurz tritt regelmäßig als Referent zum Privaten Baurecht auf, unter anderem bei In-House-Schulungen und Workshops bei mittelständischen Fassadenbauunternehmen.

# Die Einführung eines gesetzlichen Bauvertragsrechts zum 1. Januar 2018

## Auswirkungen der Neuregelungen für Bauunternehmer

*Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht Dr. Andreas Schmidt*

Der Bundestag hat in seiner Sitzung vom 9. März 2017 mit breiter Mehrheit die Reform des Bauvertragsrechts und anderer Gesetze verabschiedet. Nachdem der Bundesrat das Gesetz am 31. März 2017 gebilligt hat, werden die neuen Vorschriften wie geplant am 1. Januar 2018 in Kraft treten.

Mit dem Gesetz werden die Regelungen des Werkvertragsrechts im BGB um spezifische Regelungen zum Bauvertrag (§§ 650a–650h BGB-E) ergänzt. Für Bauunternehmer von erheblicher Bedeutung sind überdies die Neuregelungen der kaufrechtlichen Mängelhaftung: Künftig wird der Bauunternehmer als Käufer von Baumaterialien eine Rückgriffmöglichkeit gegen seinen Lieferanten wegen der Aufwendungen für den Ausbau der mangelhaften und den Einbau mangelfreier Materialien erhalten.

Weitere Neuerungen im Zuge der Reform, die in diesem Beitrag jedoch unberücksichtigt bleiben, sind die Einführung eines Verbraucherbauvertrages (§§ 650i–650n BGB-E) sowie spezielle Regelungen für Architekten- und Ingenieurverträge (§§ 650p–650t BGB-E).

### Gesetzliches Anordnungsrecht des Bestellers (§ 650b BGB-E)

Die im Vorfeld der geplanten Reform wohl umstrittenste Neuerung stellt das Anordnungsrecht des Bestellers dar. Dieses bezieht sich auf Änderungen des Werkerfolgs sowie auf solche Änderungen, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig sind. Wenngleich es sich bei dem Anordnungsrecht um ein Novum im Gesetz handelt, versteht die Praxis mit derartigen Anordnungsrechten des Bestellers umzugehen, denn diese sind seit jeher in der VOB/B zugunsten des Auftraggebers vorgesehen. Dass das Anordnungsrecht künftig im Gesetz verankert ist, sodass ein Rückgriff auf die VOB/B hierfür nicht mehr erforderlich sein wird, sollte die Praxis daher nicht vor unlösbare Probleme stellen. Möglicherweise ist das gesetzliche Anordnungsrecht in Bezug auf Änderungen des Werkerfolges etwas weitreichender als die vergleichbare Regelung in § 1 Abs. 3 VOB/B, die sich bekanntlich auf Änderungen des Bauentwurfs bezieht. Ob dieser Unterschied praktische Bedeutung erlangen wird, bleibt abzuwarten.

Änderungen, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig sind, sind vergleichsweise unproblematisch, da der Unternehmer die Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs ohnehin schuldet. Einer Anordnung des Bestellers bedarf es insoweit eigentlich gar nicht.

Das Recht des Bestellers, nachträglich eine Änderung des vereinbarten Werkerfolges anzuordnen, kann hingegen im Einzelfall eine Herausforderung für den Unterneh-

mer darstellen. So kann bspw. eine Änderung des Werkerfolges zu einer zeitlichen Verzögerung führen, welche die Einsatzplanung des Unternehmers im Hinblick auf andere Baustellen berührt. Daher ist das Anordnungsrecht hinsichtlich solcher Änderungen darauf beschränkt, dass diese dem Unternehmer zumutbar sein müssen. Zumindest wird eine „Flexibilität“ beim Werkerfolg auch entsprechende Zugeständnisse des Bestellers in terminlicher Hinsicht nach sich ziehen müssen.

Vor der Anordnung des Bestellers steht der Versuch der Parteien, Einvernehmen über die Änderung (und deren Folgen) zu erzielen. Wird dies nicht erreicht, kann der Besteller die Änderung, mit der genannten Einschränkung (Zumutbarkeit einer Änderung des Werkerfolgs), anordnen. Entsteht darüber Streit, besteht die Möglichkeit einstweiligen Rechtsschutzes. Die Parteien können in Streitigkeiten über das Anordnungsrecht oder die Vergütungsanpassung also eine einstweilige Verfügung beantragen. Hiermit stellt der Gesetzgeber den Parteien ein in diesem Zusammenhang bisher ungebräuchliches Instrument – bzw. Druckmittel – für die Führung von Nachtragsverhandlungen zur Verfügung. Ob sich ein solches Procedere in der Praxis bewähren wird, bleibt abzuwarten und wird sicher auch von dem jeweils zuständigen örtlichen Gericht abhängen. In geeigneten Fällen wird künftig noch mehr als bisher zu erwägen sein, ob nicht sinnvollerweise ein außergerichtliches Streitbelegungsverfahren vereinbart werden sollte (z.B. Adjudikation).

### **Vergütungsanpassung bei Änderungsanordnungen (§ 650c BGB-E)**

Die geänderte Vergütung bei nachträglichen Änderungsanordnungen soll auf Basis der tatsächlich erforderlichen Kosten nebst angemessenen Zuschlägen erfolgen. Der Unternehmer kann hierfür auf seine Urkalkulation zurückgreifen, muss dies aber nicht. Das bisherige Dogma vom schlechten (oder guten) Preis, der auch bei Änderungen ein solcher zu bleiben habe, wird damit aufgegeben. Durch das einseitige Leistungsbestimmungsrecht des Bestellers erscheint dies auch gerechtfertigt: Der Unternehmer soll künftig nicht mehr gezwungen werden können, geänderte Leistungen zu nicht kostendeckenden Preisen zu erbringen. Hatte der Unternehmer hingegen für die später geänderte Leistung ursprünglich einen „guten“ Preis kalkuliert, bleibt ihm dieser Vorteil auch im Falle einer Änderungsanordnung erhalten, da er dann auf seine ursprüngliche Kalkulation zurückgreifen kann.

Bei Streit über die Höhe der Nachtragsvergütung soll der Unternehmer, vorbehaltlich einer anderslautenden gerichtlichen Entscheidung, 80% der von ihm angebotenen Nachtragsvergütung als Abschlagszahlung fordern können. Auf die Möglichkeit des einstweiligen gerichtlichen Rechtsschutzes wurde bereits oben hingewiesen.

### **Erleichterte Herbeiführung der Abnahme durch Zustandsfeststellung und Abnahmefiktion (§§ 640 Abs. 2, 650g BGB-E)**

Die Möglichkeiten des Unternehmers, die Rechtswirkungen der Abnahme herbeizuführen, werden erleichtert. So hat der Besteller auf Verlangen des Unternehmers an einer gemeinsamen Zustandsfeststellung mitzuwirken. Diese soll protokolliert

und von beiden Seiten unterschrieben werden (§ 650g BGB-E). In bestimmten Fällen kann der Unternehmer die Zustandsfeststellung allein durchführen. Die Zustandsfeststellung bewirkt unter bestimmten Voraussetzungen eine gesetzliche Vermutung, dass darin nicht aufgeführte, offenkundige Mängel erst nach der Zustandsfeststellung entstanden und vom Besteller zu vertreten sind. Dies kann bspw. im Falle von Beschädigungen des Werkes, die häufig in der Phase zwischen Einbau und Abnahme entstehen, relevant werden (z.B. zerkratzte Fensterscheiben).

Zudem wird die schon nach bisherigem Recht bekannte Abnahmefiktion aufgrund Fristsetzung zugunsten des Unternehmers erleichtert. Die Wirkungen der Abnahme werden fingiert, wenn der Unternehmer nach der Fertigstellung eine angemessene Frist gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb der Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert (§ 640 Abs. 2 BGB-E). Die nach der bisherigen Regelung in § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB erforderliche Abnahmereife des Werkes (Freiheit von wesentlichen Mängeln) ist nach der neuen Vorschrift nicht mehr Bedingung für den Eintritt der Abnahmefiktion. Die in der Praxis häufigen Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der Abnahmereife werden damit zugunsten des Unternehmers abgemildert. Bei einem Verbraucher-Besteller tritt die Abnahmefiktion allerdings nur dann ein, wenn der Unternehmer den Verbraucher zusammen mit der Fristsetzung entsprechend belehrt hat (mindestens in Textform).

### **Erleichterter Lieferantenregress wegen der Aus- und Einbaukosten (§ 439 Abs. 3 BGB-E)**

Bezieht der Bauunternehmer Materialien von einem Baustoffhändler und erweisen sich diese als mangelhaft, haftet der Unternehmer seinem Besteller im Rahmen der Nacherfüllung verschuldensunabhängig auf Ausbau des mangelhaften Materials und Einbau mangelfreier Materials. Die Lieferung mangelfreier Materials kann der Unternehmer schon bisher im Wege der Nacherfüllung von seinem Lieferanten verlangen. Die Kosten für den Ausbau des mangelhaften Materials und Einbau mangelfreier Materials hingegen trägt der Unternehmer bislang meist selbst – und diese Arbeitskosten übersteigen den Wert der reinen Materiallieferung oft erheblich. Einen Anspruch auf Erstattung der Aus- und Einbaukosten hat der Unternehmer bisher nur, wenn ihm ein Schadensersatzanspruch gegen seinen Lieferanten zusteht. Hierfür fehlt es typischerweise an der Voraussetzung des Verschuldens des Händlers, da dieser den Fehler des Materials selbst in der Regel nicht erkennen kann und ihm ein etwaiges Verschulden seines Vorlieferanten (des Herstellers) nicht über § 278 BGB zugerechnet wird.

Zur Abmilderung dieser als unbillig empfundenen Rechtslage wird § 439 Abs. 3 BGB-E künftig regeln, dass der Verkäufer von Baumaterialien im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet ist, dem Käufer die erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreier Sache zu ersetzen. Um zu verhindern, dass Baustofflieferanten sich in ihren AGB von der Verpflichtung zur Tragung der

Aus- und Einbaukosten wirksam freizeichnen können, soll durch eine Änderung in § 309 Nr. 8 b) cc) BGB-E zum Ausdruck gebracht werden, dass entsprechende Lieferantenklauseln unwirksam sind. Gleichwohl verbleibt hier ein Risiko für die Unternehmer, da § 309 BGB im unternehmerischen Verkehr nicht unmittelbar Anwendung findet. Die dortigen Klauselverbote werden von den Gerichten aber auch bei Verwendung von AGB gegenüber Unternehmern zur Begründung einer unangemessenen Benachteiligung herangezogen. Im Hinblick auf die erhebliche praktische Bedeutung dürfte die Rechtsprechung zeitnah nach Inkrafttreten des Gesetzes Gelegenheit erhalten, entsprechende Lieferantenklauseln AGB-rechtlich zu prüfen.



#### Zum Autor

Rechtsanwalt **Dr. Andreas Schmidt**, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, ist Partner bei SMNG und seit 2000 für die Kanzlei tätig. Seit 2015 leitet er den Standort Köln und betreut vor allem die in NRW ansässigen Mandanten der Kanzlei. Schwerpunkte seiner Tätigkeit sind das private Baurecht sowie das Architekten- und Ingenieurrecht – Themen, zu denen er auch regelmäßig referiert und publiziert. Der Fokus seiner anwaltlichen Tätigkeit liegt auf der außergerichtlichen und gerichtlichen Vertretung mittelständischer Bauunternehmen, vor allem in den Gewerken Fenster/Fassaden, Türen/Tore sowie Garten- und Landschaftsbau. RA Dr. Schmidt ist Mitglied der ARGE Baurecht im Deutschen Anwaltverein e.V. sowie der Deutschen Gesellschaft für Baurecht e.V.

# Architekten- und Ingenieurrecht: Anordnungsrecht des Auftraggebers und Honoraranpassung nach neuem Bauvertragsrecht

*Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht Klaus Heinlein und  
Rechtsanwältin Elke Hennig*

Da sich aus den bislang gültigen gesetzlichen Regelungen des BGB kein Anordnungsrecht des Auftraggebers von Architekten- oder Ingenieurleistungen ergab, war bisher streitig, ob dem Auftraggeber ein solches überhaupt zusteht. Gemäß § 650q Abs. 1 BGB des neuen Werkvertragsrechts, das auf ab dem 01.01.2018 geschlossene Verträge Anwendung findet, ist das in § 650b BGB für den Bauvertrag geregelte Anordnungsrecht des Auftraggebers auch auf Architekten- und Ingenieurverträge anwendbar. Demnach sind zukünftig auch Auftraggeber von Architekten- oder Ingenieurleistungen berechtigt, Änderungen des Vertrages, die den Leistungsumfang, das Leistungsziel oder den Leistungsablauf betreffen können, anzuordnen.

§ 650b BGB regelt zum einen Anordnungen, die eine **Änderung des vereinbarten Werkerfolgs** zur Folge haben und zum anderen Anordnungen, die **zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig** sind. In beiden Fällen sollen die Parteien eine Einigung über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung anstreben.

Handelt es sich um eine Anordnung, die eine **Änderung des vereinbarten Werkerfolgs** zum Gegenstand hat, ist der Architekt oder Ingenieur nach der gesetzlichen Regelung nur verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, wenn ihm die Ausführung der Änderung zumutbar ist. Dies ist beispielsweise dann nicht der Fall, wenn die angeordneten Leistungen nicht in das Fachgebiet des beauftragten Architekten oder Ingenieurs fallen oder aus betriebsinternen Gründen, wie beispielsweise wegen fehlenden Personals, die angeordneten Leistungen nicht erbracht werden können. Hierbei trägt der Auftraggeber die Beweislast für die Zumutbarkeit von Anordnungen, wohingegen der Auftragnehmer die gegen eine Zumutbarkeit sprechenden betriebsinternen Gründe darzulegen und zu beweisen hat.

Sofern die Parteien binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Architekten oder Ingenieur keine Einigung über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung erzielen können, kann der Auftraggeber gemäß § 650b Abs. 2 BGB die Änderung in Textform anordnen. Der Architekt oder Ingenieur ist dann verpflichtet, der Anordnung des Auftraggebers nachzukommen, sofern ihm die Ausführung zumutbar ist.

Die **Vergütungsanpassung im Fall von Anordnungen** nach § 650b Abs. 2 BGB ist bei Architekten- oder Ingenieurleistungen in § 650q Abs. 2 BGB geregelt. Hiernach gelten die **Entgeltberechnungsregeln der HOAI**, soweit die infolge der Anordnung

zu erbringenden Leistungen vom Anwendungsbereich der HOAI erfasst werden. Folglich ist die HOAI zur Ermittlung des Honoraranspruchs bei Anordnungen des Auftraggebers heranzuziehen, sofern die Anordnungen in der HOAI geregelte **Grundleistungen** zum Gegenstand haben.

Für alle **nicht dem Preisrecht der HOAI unterfallenden Leistungen** gilt § 650q Abs. 2 Satz 2 und 3 BGB, wonach die Vergütungsanpassung für den vermehrten oder verminderten Aufwand aufgrund der angeordneten Leistung frei vereinbart werden kann. Kommt keine Vereinbarung zustande, ist § 650c BGB entsprechend anzuwenden; hiernach ist die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Auftraggebers vermehrten oder verminderten Aufwand nach den **tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn** zu ermitteln.

Die Regelungen des § 650q Abs. 2 Satz 2 und 3 i.V.m. § 650c BGB gelten somit für **Besondere Leistungen**. Denn für diese kann gemäß § 3 Abs. 3 Satz 3 HOAI ein Honorar frei vereinbart werden, weshalb sie nicht den preisrechtlichen Beschränkungen der HOAI unterliegen. Entsprechendes gilt für **sonstige und zusätzliche Leistungen**.

Nach der **bisherigen Rechtslage** galt für angeordnete und ausgeführte **Besondere und zusätzliche Leistungen** gemäß § 632 BGB die **übliche Vergütung** als vereinbart, sofern die Parteien keine Vereinbarung getroffen haben. Da § 632 BGB jedoch nur anwendbar ist, sofern die Vergütung nicht bestimmt ist und § 650c BGB insofern eine Spezialregelung darstellt, die die Vergütung bestimmt, ist § 650c BGB zukünftig vorrangig anwendbar; für § 632 BGB ist bei Anordnungen des Auftraggebers kein Raum mehr.

Sofern § 650c BGB einschlägig ist, kann der Auftragnehmer gemäß § 650c Abs. 2 BGB zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Ansätze in einer **vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation** zurückgreifen. Insofern wird gesetzlich widerlegbar vermutet, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung den **tatsächlich erforderlichen Kosten** entspricht. Diese Regelung ist in Bezug auf Architekten- und Ingenieurverträge insofern problematisch, als es eine hinterlegte Urkalkulation bei derartigen Verträgen in der Regel nicht gibt. Dies hat zur Folge, dass ohne hinterlegte Urkalkulation die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Auftraggebers vermehrten oder verminderten Aufwand anhand der im Einzelfall tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln ist.

Bei der **Ermittlung des veränderten Aufwandes nach den tatsächlichen Kosten** ist nach der amtlichen Begründung zu § 650c Abs. 1 BGB die **Differenz zwischen den hypothetischen Kosten**, die ohne die Anordnung entstanden wären, und den **Ist-Kosten**, die aufgrund der Anordnung tatsächlich entstanden sind, zu bilden. Diese Differenz ist sodann die Basis für die Vergütung des geänderten Aufwands. Insofern

besteht jedoch die Besonderheit, dass sich diese Kosten bei einem Architekten- oder Ingenieurbüro in der Regel nicht ändern.

Handelt es sich bei dem beauftragten Architekten oder Ingenieur um ein **Ein-Mann-Büro**, so fallen für dessen eigene Arbeitsleistung trotz erhöhtem Zeitaufwand **keine zusätzlichen Kosten** an. Die Darlegung der tatsächlich erforderlichen Kosten wird ihm daher nicht möglich sein. Demzufolge kann nur auf den üblicherweise für die im Einzelfall maßgebliche Änderungsleistung anfallenden Aufwand und die hierfür anzusetzende übliche Vergütung abgestellt werden, so dass im Ergebnis wie bisher bei der Anwendung des § 632 BGB ein Anspruch des Architekten oder Ingenieurs auf die übliche Vergütung entstehen wird, auch wenn § 632 BGB keine direkte Anwendung findet.

Setzt der beauftragte Architekt oder Ingenieur **festangestellte Mitarbeiter** für die Ausführung von Anordnungen ein, so entstehen ebenfalls **keine zusätzlichen Kosten**, da der Architekt oder Ingenieur seinen angestellten Mitarbeitern ihr Gehalt ohnehin bezahlt hätte, auch wenn die Änderungsleistung nicht angeordnet worden wäre. Dennoch sind hier für die Ermittlung der Höhe des Vergütungsanspruchs für die Änderungsleistung die tatsächlich anfallenden Lohnkosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn maßgeblich.

Setzt der Architekt oder Ingenieur **Nachunternehmer** ein, können die **tatsächlichen Kosten konkret beziffert** werden.

Da Architekten- und Ingenieurbüros in der Regel keine Kalkulation ihrer Kosten anfertigen und im Rahmen der Honorarvereinbarung auch nicht mit Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten etc. arbeiten, stellt die konkrete Ermittlung der Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn ein weiteres Problem dar.

Nach alledem ist die **Anwendung des § 650c BGB bei Architekten- oder Ingenieurverträgen problematisch**, da der zur Ermittlung der Höhe des Vergütungsanspruchs von Änderungsleistungen heranzuziehende tatsächliche Mehraufwand in der Regel in einem zusätzlich erforderlichen Zeitaufwand des Architekten oder Ingenieurs besteht, der in jedem **konkreten Einzelfall** anders zu beurteilen ist.

Vor diesem Hintergrund ist Architekten und Ingenieuren zu raten, insbesondere bei **nicht dem Preisrecht der HOAI unterfallenden Leistungen** nach Möglichkeit innerhalb von 30 Tagen nach Zugang eines Änderungsbegehrens eine **Einigung** mit dem Auftraggeber herbeizuführen, um eine Anordnung des Auftraggebers gemäß § 650b Abs. 2 BGB und damit die mögliche Rechtsfolge des § 650c BGB bei der Ermittlung der Höhe der Vergütung zu verhindern. Ist die vom Auftraggeber begehrte Änderung dem Architekten oder Ingenieur zumutbar, ist dieser in jedem Fall dazu verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen.

Kommt **keine Einigung** zwischen Architekt oder Ingenieur und dem Auftraggeber zustande und ordnet der Auftraggeber daraufhin eine Änderung gemäß § 650b Abs. 2 Satz 1 BGB in Textform an, ist Architekten und Ingenieuren zu raten, dem Auftrag-



geber noch vor Ausführung der Leistung schriftlich mitzuteilen, dass Einverständnis mit der Anordnung besteht. Denn dann liegt eine „Einigung“ im Sinne von § 10 HOAI vor, der die Vergütungsanpassung im Falle von Änderungen des Umfangs der beauftragten Leistung oder der Wiederholung von Grundleistungen regelt, hierfür allerdings eine Einigung der Parteien voraussetzt. Liegt diese „Einigung“ vor, werden die infolge der Anordnung zu erbringenden Leistungen im Sinne des § 650q BGB vom Anwendungsbereich der HOAI erfasst und die Vergütung der angeordneten Leistung ist gemäß § 10 HOAI und nicht gemäß § 650c BGB zu ermitteln.

Unterlässt der Architekt oder Ingenieur eine derartige Mitteilung nach erfolgter Anordnung des Auftraggebers, so scheidet eine nachträgliche Einigung im Sinne des § 10 HOAI aus, auch wenn sich der Architekt oder Ingenieur noch im Nachhinein mit der Änderungsleistung einverstanden erklärt. Dies hat zur Folge, dass die Höhe der Vergütung für die Änderungsleistung gemäß § 650c BGB zu ermitteln ist.

---

### Zu den Autoren



Rechtsanwalt **Klaus Heinlein**, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, ist Partner und Gesellschafter bei SMNG und seit 1979 im Baurecht anwaltlich tätig. Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit ist das Architekten- und Ingenieurrecht einschließlich der Beratung zu Projektsteuerungsverträgen. Zu diesen Themen tritt er auch als Referent und mit Veröffentlichungen in Erscheinung. Rechtsanwalt Heinlein ist Mitbetreiber der Internet-Plattform [www.hoai.de](http://www.hoai.de) und leitet regelmäßig HOAI-Seminare für öffentliche und private Auftraggeber und Auftragnehmer. Hervorzuheben ist des Weiteren seine Tätigkeit als Mitherausgeber und Autor des Taschenkommentars zur HOAI von Heinlein/Hilka im Werner Verlag.



Rechtsanwältin **Elke Hennig** ist Partnerin bei SMNG und seit 2005 für die Kanzlei tätig. Im Rahmen ihrer Ausbildung absolvierte sie ein Begleitstudium im Europäischen Recht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg und erwarb dort den Titel der Europa-Juristin (Univ. Würzburg). Außerdem war sie mehrere Jahre wissenschaftliche Mitarbeiterin am Deutschen Notarinstitut in Würzburg. Schwerpunkte ihrer anwaltlichen Tätigkeit bei SMNG sind das Architekten- und Ingenieurrecht sowie das Projektsteuerungsrecht. Der Fokus ihrer Tätigkeit liegt dabei vor allem auf der Gestaltung komplexer Vertragswerke und der Beratung zu Abrechnungsfragen unter Berücksichtigung der HOAI. Rechtsanwältin Hennig ist Mitautorin des HOAI-Kommentars von Messerschmidt/Niemöller/Preußner im Verlag C.H.Beck.

# Die Insolvenz eines Baubeteiligten – Eine Zäsur, ihre Konsequenzen und Reaktionsmöglichkeiten

*Rechtsanwalt Marc Oparaugo*

Die Insolvenz eines Baubeteiligten stellt nicht nur für den jeweils Betroffenen, sondern auch für die übrigen, meist durch ein Geflecht von Vertragsverhältnissen sowohl mittelbar als auch unmittelbar miteinander verknüpften privaten und/oder juristischen Personen eine unliebsame „Überraschung“ dar, deren mitunter schweren Folgen wirtschaftlicher und rechtlicher Art nur durch sorgsame Vorbereitung und bedachte Reaktionen aufgefangen werden können. Gerade rund um den Insolvenzfall bietet sich hierzu die bauinsolvenzrechtliche Unterstützung durch einen Rechtsanwalt an.

## Die Insolvenz und ihre (drohenden) Folgen

Ein Bauunternehmen ist – wenn es nicht selbst Insolvenzschuldner ist – in zweierlei Hinsicht von der Insolvenz bedroht: Fällt der Auftraggeber (vorläufig) in Insolvenz, stellt sich die Frage, wie bereits erworbene Vergütungsansprüche realisiert werden können und ob die in der Regel noch vor dem Zeitpunkt des Ausbruchs der finanziellen Krise des Auftraggebers zugesagten vertraglichen Leistungspflichten ungeachtet der neuen Situation weiterhin zu erfüllen sind.

Indes geraten möglicherweise eigene vertragliche Zusagen gegenüber dem Auftraggeber in Gefahr, wenn plötzlich ein Subunternehmer von der Insolvenz bedroht ist. Hier wechselt die Perspektive und es stellt sich für das Bauunternehmen die Frage, ob bzw. inwieweit der insolvente Subunternehmer noch zur Leistungserbringung verpflichtet ist, ob Drittunternehmen zur Vervollständigung der Leistungserbringung hinzugezogen werden können und wer die hieraus resultierenden Kosten zu tragen hat sowie ob und inwieweit die ursprüngliche vertragliche Vergütungsverpflichtung noch fortbesteht.

Die möglichen Konstellationen und Probleme sind mannigfaltig und werden noch komplexer, wenn Vertragsstörungen, insbesondere Mängel bestehen (sollen) und sich beispielsweise die Frage stellt, wie mit Mängelrechten – sofern sie (fort-)bestehen – umzugehen ist, wer diese ausüben darf oder wem gegenüber sie auszuüben sind. Außerdem kann im Einzelfall ein erhebliches Interesse daran bestehen, das ursprüngliche Vertragsverhältnis möglichst umgehend zu beenden.

## Die Insolvenzordnung

Als erste Antwort auf die möglichen Fragestellungen ist zunächst festzuhalten, dass sobald die Insolvenz, also die (drohende) Zahlungsunfähigkeit oder die Überschuldung, eines Baubeteiligten festgestellt wurde, die speziellen Regelungen der Insolvenzordnung vorrangig gegenüber sonstigen Regelungen zu berücksichtigen sind und insbesondere bauvertragliche Vereinbarungen überlagern können.

Die insolvenzrechtlichen Vorgaben dienen dabei zuvorderst dem Interesse der Gläubigergesamtheit an einer gleichmäßigen Befriedigung ihrer Forderungen. Alles was diese Zielsetzung gefährdet, wird eingeschränkt bzw. untersagt (vgl. etwa § 119 InsO).

An dieser Zielsetzung hat auch die Insolvenzrechtsnovelle zur Stärkung der frühzeitigen und selbstverwalteten Sanierung aus dem Jahr 2012 nichts geändert, im Zuge derer insbesondere die dem deutschen Insolvenzrecht bislang fremde Möglichkeit festgeschrieben wurde, Forderungen in Unternehmensanteile des Schuldners umzuwandeln.

Aus dem o.g. Vorrang der gemeinschaftlichen Gläubigerinteressen ergeben sich vor allem folgende Konsequenzen: Zum einen wird die individuelle Durchsetzung von Ansprüchen, abgesehen von begründeten Ausnahmen, in erheblichem Umfang – insbesondere mittels der sog. Insolvenzanfechtung gem. den §§ 129 ff. InsO und den weitreichenden Aufrechnungsverboten des § 96 InsO – eingeschränkt, zum anderen geht die Befugnis des insolventen Bauunternehmens (Insolvenzschuldner) über sein Vermögen zu verfügen, solange nicht auf die novellierungsbedingt gestärkte Eigenverwaltung zurückgegriffen wird, regelmäßig zumindest größtenteils auf den (vorläufigen) Insolvenzverwalter über.

### Die Zäsurwirkung der Insolvenz

Die mit der Insolvenz einhergehenden Einschnitte werden besonders bei der hier betrachteten Konstellation eines beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Bauvertrags deutlich. Dies setzt voraus, dass von beiden Vertragsparteien noch Hauptleistungspflichten zu erbringen sind, also weder die vollständige mangelfreie Leistungserbringung, noch die vollständige Vergütung bereits erfolgt sind. Kommt es in dieser Situation zur Insolvenz eines Baubeteiligten, wird die weitere Vertragsabwicklung unterbrochen, denn die wechselseitigen vertraglichen Ansprüche können nun nicht mehr innerhalb der ursprünglichen, gewohnten *Procedere* abgewickelt bzw. durchgesetzt werden, was sich nur vor dem Hintergrund der eingangs skizzierten insolvenzrechtlichen Zielsetzung verstehen lässt:

In der Insolvenz hat der Insolvenzschuldner (vereinfacht dargestellt) weniger Vermögen als Verbindlichkeiten. Würde nun die Vertragsdurchführung ungehindert fortgesetzt, kämen denklogisch einige Gläubiger zu einer vollen Befriedigung ihrer Ansprüche, während die übrigen Gläubiger leer ausgingen. Dieses Ergebnis wird für ungerecht befunden und durch den strikten Eingriff des Insolvenzrechts, der etwa in der Übernahme der Verfügungsgewalt des Insolvenzverwalters über das Schuldnervermögen zum Ausdruck kommt, verhindert: Fortan werden nur Gläubiger mit außerordentlichen Ansprüchen bzw. Rechten (vgl. §§ 47 ff. InsO) vorrangig befriedigt. Anschließend erfolgt eine gleichmäßige Aufteilung des verbliebenen Schuldnervermögens (sog. Insolvenzquote), wodurch im Regelfall unter 5 % der jeweiligen Forderung realisierbar bleiben.

### **§ 103 InsO – die Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters und die Auswirkungen des § 105 InsO**

Das dementsprechende Risiko, im Insolvenzfall mit eigenen Forderungen weitestgehend auszufallen, verdeutlicht das besondere Interesse jedes Baubeteiligten an der frühzeitigen Ergreifung entsprechender Vorsorgemaßnahmen (etwa durch Sicherheiten), die eine vorrangige Befriedigung ermöglichen. Deren Bedeutung zeigt und verstärkt sich nochmals im Lichte der §§ 96 und 129 ff. InsO, die im Einzelfall individuelle Sicherungsinstrumente ausschließen.

Vor diesem Hintergrund erklärt sich auch die große mögliche Relevanz der Erfüllungswahl iSd. § 103 InsO durch den Insolvenzverwalter, sofern er entscheidet, dass die wechselseitig noch ausstehenden Hauptleistungspflichten jeweils vollumfänglich erfüllt werden sollen. Die entsprechende Erklärung des Insolvenzverwalters kann in vielfacher Weise erfolgen und führt grds. zu einer unmittelbaren Aufwertung der Ansprüche des Vertragspartners des Insolvenzschuldners, sodass auch diese vorrangig aus dem Schuldnervermögen zu befriedigen sind. Welchen Umfang diese Ansprüche haben, ob sich der Insolvenzverwalter etwa durch seine Erfüllungswahl auch zur Nachbesserung aus der Insolvenzmasse verpflichtet, ist umstritten bzw. zumindest eine Frage des Einzelfalls.

Die mit der Erfüllungswahl grds. verknüpfte Aufwertung der Ansprüche des Vertragspartners des Insolvenzschuldners erfährt jedoch über § 105 InsO eine erhebliche Einschränkung, da bzw. sofern die geschuldeten Leistungen teilbar sind, was bei Bauverträgen regelmäßig der Fall ist. Liegen die Voraussetzungen dieser Vorschrift vor, bleibt es also bei einer lediglich anteiligen Befriedigung entsprechend der Insolvenzquote.

Der Insolvenzverwalter ist aber nicht verpflichtet eine entsprechende Erklärung iSd. § 103 InsO abzugeben. Im Falle des Ausbleibens der Erfüllungswahl kann der Insolvenzgläubiger seine Forderungen entweder zur Insolvenztabelle anmelden und auf eine quotale Befriedigung hoffen oder – hierbei ist aber insbesondere die Verjährung der Ansprüche zu beachten – seine Ansprüche nach Abschluss des Insolvenzverfahrens durchzusetzen versuchen. Das Insolvenzverfahren führt also nicht automatisch zum Erlöschen aller Ansprüche gegen den Insolvenzschuldner.

### **Keine Erfüllungswahl – ein Ausweg**

Ein gängiger Ausweg aus der mit § 105 InsO verknüpften Problematik liegt in der Möglichkeit – sie stellt keine Erfüllungswahl iSd. § 103 InsO dar – die ursprünglichen Vertragsbedingungen nachzuverhandeln. Denn mit einem sich hieraus ergebenden neuen Vertrag geht gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO – als Ausgleich für die zu erbringende Gegenleistung – die vorrangige Erfüllung der erworbenen Ansprüche aus der Vermögensmasse des Insolvenzschuldners einher (sog. Restabwicklungsvereinbarung). Die entsprechende Bereitschaft des Insolvenzverwalters wird allerdings auf Seiten des jeweiligen Baubeteiligten häufig die Inkaufnahme einer Reduzierung

der eigenen Ansprüche voraussetzen. Anderenfalls könnten die übrigen Gläubiger benachteiligt und der Insolvenzverwalter infolge der damit verbundenen Amtspflichtverletzung selbst schadensersatzpflichtig werden.

### Fazit

Die Insolvenz ist eine erhebliche (wirtschaftliche) Bedrohung für alle Baubeteiligten. Mit anwaltlicher Unterstützung vermag es allerdings gelingen, durch entsprechende Vorkehrungen und Reaktionen insolvenzbedingte Ausfallrisiken erheblich abzumildern (s. hierzu auch den Beitrag von RAin Parbs-Neumann). Hierbei sind auch die regelmäßigen Gesetzesnovellen im Blick zu behalten.

Zuletzt wurde etwa das sog. Insolvenzanfechtungsrecht nachjustiert. Insbesondere sollen die Anfechtungsmöglichkeiten des Insolvenzverwalters nunmehr erheblich eingeschränkt und zeitlich begrenzt sein, wobei die §§ 133, 142 InsO im Fokus der gesetzgeberischen Neuordnung standen. Auch soll künftig die Gewährung von Zahlungserleichterungen durch den Gläubiger nicht mehr vermuten lassen, dass dieser Kenntnis von Zahlungsschwierigkeiten des Schuldners hat, sodass sich grds. allein auf diesen Umstand keine Insolvenzanfechtung mehr stützen lässt, womit etwa bereits erfolgte Ratenzahlungen erheblich werthaltiger werden. Schließlich werden verzugsbedingte Zinsansprüche der Insolvenzmasse faktisch erheblich eingeschränkt.

Ob bzw. inwieweit die mit diesen Maßnahmen verfolgte gesetzgeberische Intention nach mehr Rechtssicherheit zur Gerichtspraxis wird, darf mit Spannung beobachtet werden.

---

### Zum Autor



Rechtsanwalt **Marc Oparaugo** ist seit Anfang 2016 für SMNG tätig. Seine juristische Ausbildung absolvierte er an der Goethe-Universität zu Frankfurt a. M., wo er außerdem das in Kooperation mit der Université Lumière Lyon II verliehene Diplôme Universitaire de Droit Français erwarb. Bereits während seiner juristischen Ausbildung wandte sich Herr Oparaugo dem Baurecht zu und absolvierte studienbegleitend die Zusatzqualifikation im Privaten Baurecht an der Philipps Universität zu Marburg. Schwerpunkte seiner anwaltlichen Tätigkeit sind das Private Baurecht sowie das Architekten- und Ingenieurrecht. Zudem ist Rechtsanwalt Oparaugo als Dozent an der Europäischen Studienakademie Kälte-Klima-Lüftung (ESaK) in Maintal tätig.

# Arbeitsrecht

*Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Klaus Höflich*

## Privates Baurecht und Arbeitsrecht

SMNG erbringt überwiegend für Bau- und baunahe Unternehmen auch umfangreiche arbeitsrechtliche Beratungsleistungen vornehmlich für die Arbeitgeberseite.

Die Beratung erfolgt umfassend in allen individualarbeitsrechtlichen und kollektivarbeitsrechtlichen Bereichen durch das SMNG-Fachdezernat Arbeitsrecht. Die Beratung beginnt auf der Ebene der Unternehmensorganisation bis hin zur gerichtlichen Vertretung in allen arbeitsrechtlichen Instanzen, d. h. bei allen Arbeits- und Landesarbeitsgerichten sowie bei dem Bundesarbeitsgericht.

SMNG berät im individualrechtlichen Bereich umfassend u. a. zu sämtlichen Personalmaßnahmen, bei Umstrukturierungen sowie bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen. Im Bereich des Kollektivarbeitsrechts berät SMNG und vertritt vornehmlich Arbeitgeber, insbesondere in Fragen des Betriebsverfassungsrechts, bei Strukturveränderungen, wie z. B. bei Betriebsübergängen im Sinne von § 613 a BGB innerhalb eines Unternehmens/Rechtsträgers (Verschmelzung, Spaltung, Ausgliederung).

## Das Bundesarbeitsgericht in Erfurt

Nur ein Bruchteil von mehreren hunderttausend Arbeitsgerichtsfällen Jahr für Jahr schafft es in die höchste Instanz bei dem Bundesarbeitsgericht (BAG) in Erfurt. Diese Fälle sind regelmäßig besonders schwierig aber auch spannend. Es geht oft um Kündigungsschutz, selbstverständlich um Geld sowie um streitige Passagen in Arbeits- und Tarifverträgen etc.

## Einige aktuelle Entwicklungen im Bau-Arbeitsrecht

### 1. Erfüllung des gesetzlichen Mindestlohns durch Zulage und Prämien

Bei Fragen des gesetzlichen Mindestlohns und bei Auslegung des Mindestlohngesetzes ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zum Arbeitnehmer-Entsenderecht zu beachten. Danach sind alle zwingend und transparent geregelten Gegenleistungen des Arbeitgebers für die Arbeitsleistung Bestandteile des Mindestlohns (EuGH, Urt. v. 12.02.2015, Az.: C-396/13, NZA 2015, 345).

Regelmäßig geht es um Detailfragen, insbesondere darum, was Arbeitgeber anrechnen können, um auf die aktuelle Lohnuntergrenze (z. Zt. 8,84 €/Stunde, Stand: 01.01.2017) zu kommen. So können Sonderzahlungen, wie z. B. Urlaubs- und Weihnachtsgeld angerechnet werden, wenn der Arbeitnehmer darauf einen Rechtsanspruch hat und die Zahlungen monatlich erfolgen. Dies soll nicht für Zahlungen gelten, die einen bestimmten Zweck erfüllen, z. B. Nachtarbeitszuschläge.

## 2. Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG)

Nachdem der Regierungsentwurf zum neuen AÜG Ende November 2015 nach diversen Modifizierungen auch vom Bundesrat gebilligt wurde, ist das Gesetz nunmehr am 01.04.2017 in Kraft getreten.

Die wichtigsten Änderungen bzw. Neuerungen sind der neue § 611 a BGB, der nun eine Definition des Arbeitsvertrages anhand einer Legaldefinition des Arbeitnehmerbegriffs enthält. Diese neue gesetzliche Regelung orientiert sich an der Systematik des besonderen Schuldrechts, die auf den Vertragstypus abstellt.

Das AÜG 2017 sieht jetzt eine gesetzliche Überlassungshöchstdauer von 18 aufeinanderfolgenden Monaten vor (§ 1 Abs. 1 b Satz 1 AÜG n. F.). In Tarifverträgen der jeweiligen Einsatzbranche kann diese verlängert werden. Daneben können die Sozialpartner die Verlängerung näher ausgestalten, beispielsweise durch eine Differenzierung von Einsatzzwecken und Einsatzgebieten oder durch Festlegung von Höchstquoten an Leiharbeitskräften. Legt der Tarifvertrag für eine betriebliche Öffnungsklausel keine genaue Höchstdauer fest, können tarifungebundene Arbeitgeber eine maximale Überlassungshöchstdauer von 24 Monaten vereinbaren. Unterliegt der Entleiherbetrieb mehreren Tarifverträgen, so ist auf den repräsentativen Tarifvertrag der Branche abzustellen.

Die Überlassung ist künftig im Vertrag zwischen Entleiher und Verleiher eindeutig als solche zu bezeichnen. Dabei ist die Person des Leiharbeitnehmers unter Bezugnahme auf den Überlassungsvertrag zu benennen. Ferner hat der Verleiher den Leiharbeitnehmer vor jeder Überlassung darüber zu informieren, dass er als solcher tätig wird. Nicht mehr möglich ist die Heilung einer missbräuchlichen Gestaltung durch den Vorhalt einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis; zudem manifestiert jetzt § 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG n. F. ein Verbot des sogenannten Weiter- und Kettenverleihs.

Die Neufassung des AÜG vom 01.04.2017 gilt nicht rückwirkend. Sowohl für die Einhaltung der Überlassungshöchstdauer als auch für die Übergangsregelung zum sogenannten „equal pay“ bleiben Überlassungszeiten davor unberücksichtigt.

## 3. Bestimmtheitserfordernis

Nach wie vor keine restlose Einigung besteht bei der Frage, inwieweit Kündigungen einem besonderen Bestimmtheitserfordernis unterliegen. Vor allem der 6. Senat des BAG legt Wert darauf, dass der Adressat einer Kündigung erkennen kann, zu welchem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis aus Sicht des Kündigenden beendet sein soll.

Im Falle einer ordentlichen Kündigung genügt regelmäßig die Angabe des Endtermins oder der Kündigungsfrist. Auch eine Kündigung „zum nächstzulässigen Termin“ ist möglich, wenn dem Erklärungsempfänger die Dauer der Kündigungsfrist bekannt war oder für ihn ohne weiteres bestimmbar ist. Letzteres ist der Fall, wenn die rechtlich zutreffende Frist für den Kündigungsadressaten leicht feststellbar ist und nicht umfassende tatsächliche Ermittlungen oder die Beantwortung schwie-

riger Rechtsfragen erfordert. Die maßgebliche Kündigungsfrist kann sich auch aus Angaben in Kündigungsschreiben oder aus einer vertraglich in Bezug genommenen tarifvertraglichen Regelung ergeben. Wird eine ordentliche Kündigung hilfsweise für den Fall der Unwirksamkeit einer außerordentlichen fristlosen Kündigung erklärt, ist der Kündigungsempfänger nicht im Unklaren darüber, wann das Arbeitsverhältnis nach der Vorstellung des Kündigenden (Arbeitgeber) enden soll. Unter diesen Umständen kommt es nicht darauf an, ob es dem Kündigungsempfänger ohne Schwierigkeiten möglich ist, die Kündigungsfrist der hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung zu ermitteln. Die Verknüpfung einer ordentlichen mit einer außerordentlichen Kündigung ist eine zulässige auflösende Rechtsbedingung. Der Arbeitnehmer kann und muss sich in seinem praktischen Handeln auf den vorrangigen Beendigungszeitpunkt der außerordentlichen Kündigung also einstellen! Selbst wenn der Arbeitgeber keine hilfsweise ordentliche Kündigung erklärt, kann seine fristlose Kündigung in der Regel in eine ordentliche Kündigung zum nächstmöglichen Termin umgedeutet werden. Bei solchen kombinierten Kündigungen genügt stets die Angabe „zum nächstmöglichen Termin“ (vgl. BAG, Urt. v. 20.01.2016, Az.: 6 AZR 782/14, NJW 2016, 1117).

#### 4. Formanforderungen

Eine per Telefax übermittelte Kündigungserklärung genügt nicht den Anforderungen des § 126 Abs. 1 BGB. Ein Abwicklungsvertrag kann für den Arbeitnehmer die Möglichkeit vorsehen, sein vorzeitiges Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis zu erklären. Bei einer solchen Regelung bedürfen Parteien des Schutzes der grundsätzlich nicht abdingbaren Mindestkündigungsfrist nicht. Aber auch eine solche Erklärung bedarf gemäß § 623 BGB zwingend der Schriftform (BAG, Urt. v. 17.12.2015, Az.: 6 AZR 709/14, NJW 2016, 2138).

#### 5. Abmahnung

Im Ausspruch einer Abmahnung liegt regelmäßig der konkludente Verzicht auf das Recht zur Kündigung aus den der Abmahnung zugrunde liegenden, gerügten Gründen. Dies gilt nicht, wenn der Abmahnung selbst oder den Umständen zu entnehmen ist, dass der Arbeitgeber die Angelegenheit mit der Abmahnung nicht als „erledigt“ ansieht (BAG, Urt. v. 19.11.2015, Az.: 2 AZR 217/15, NZA 2016, 540).

#### 6. Betriebsbedingte Kündigung

Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Prüfung von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten vor Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung erstreckt sich grundsätzlich nicht auf Arbeitsplätze im Ausland. Dies gilt jedenfalls für Fälle einer ersatzlosen Einstellung des Geschäftsbetriebes in Deutschland. Bei einer grenzüberschreitenden Betriebs- oder Betriebsteilverlagerung sowie bei einer bloßen „Wegverlagerung“ des Arbeitsplatzes unter Aufrechterhaltung der bisherigen Tätigkeit im Ausland, könnten von diesen Grundsätzen unter Umständen aber Einschränkungen angezeigt sein (BAG, Urt. v. 24.09.2015, Az.: 2 AZR 3/14, NZA 2015, 1457).



## 7. Aufhebungsverträge

Bei Aufhebungsverträgen kommt es für die Einheitlichkeit einer Urkunde nicht entscheidend darauf an, ob die Blätter des Aufhebungsvertrages nebst Anlagen mit einer Heftmaschine körperlich derart miteinander verbunden sind, dass eine Lösung nur durch Gewaltanwendung (Lösung der Heftklammer) möglich ist. Nach der sogenannten „Auflockerungsrechtsprechung“ ist eine fest körperliche Verbindung der einzelnen Blätter einer Urkunde nicht erforderlich, wenn sich deren Einheitlichkeit aus deren Merkmalen zweifelsfrei ergibt. Die unmissverständliche Zusammengehörigkeit von Hauptteil und Anlage muss allerdings immer feststehen! (vgl. BAG Urt. v. 04.11.2015, Az.: 7 AZR 933/13, NJW 2016, 2134)

## 8. Betriebsratsanhörung

Auch bei einer verhaltensbedingten Kündigung kann im Rahmen der Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG auf die Mitteilung der Sozialdaten des Arbeitnehmers nicht deshalb verzichtet werden, weil sie für den Kündigungsentschluss des Arbeitgeber ohne Bedeutung waren. Der Wirksamkeit einer auf Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers gestützten Kündigung steht das Unterlassen der Angabe von dessen genauen Sozialdaten bei der Betriebsratsanhörung aber dann nicht entgegen, wenn es dem Arbeitgeber auf diese ersichtlich nicht ankommt und der Betriebsrat jedenfalls die ungefähren Daten ohnehin kennt (vgl. BAG Urt. v. 19.11.2015, Az.: 2 AZR 217/15, NZA 2016, 540). Im Übrigen kann der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung seine Informationen gegenüber dem Betriebsrat jederzeit ergänzen. Die Beurteilung, ob darin eine eigenständige Anhörung liegt, mit der die Äußerungsfrist für den Betriebsrat neu in Lauf gesetzt wird, hängt aber von den Umständen des Einzelfalls ab (vgl. BAG Urt. v. 16.07.2015, Az.: 2 AZR 85/15, NZA 2016, 161).

---

### Zum Autor



Rechtsanwalt **Klaus Höflich**, Fachanwalt für Arbeitsrecht, ist Partner und Gesellschafter bei SMNG und seit 1989 anwaltlich tätig. Neben einem Tätigkeitsschwerpunkt im privaten Baurecht leitet Rechtsanwalt Höflich das SMNG-Fachdezernat Arbeitsrecht und befasst sich mit der Beratung von Bau- und baunahen Unternehmen in allen individual- und kollektivarbeitsrechtlichen Fragen. Zudem ist Rechtsanwalt Höflich als Dozent an der Europäischen Studienakademie Kälte-Klima-Lüftung (ESaK) in Maintal sowie als Referent tätig, u.a. für den Verband Fenster + Fassade (VFF) Frankfurt a.M. und das Steinbeis-Transferzentrum Technologie + Management in Mosbach.

# Gewerbliches Mietrecht: Rechtliche Prüfung auch bei der Verwendung von Mustermietverträgen

*Rechtsanwältin Katren Sada*

Für den Mieter bildet der Abschluss eines auf seine Bedürfnisse und seinen Geschäftsbetrieb abgestimmten Gewerbemietvertrages häufig die Grundlage zum Aufbau seines Geschäfts und seines Standorts. Für den Vermieter ist der Vertragsabschluss mit dem Gewerbetreibenden die Grundlage für die langfristige Entwicklung seines Mietobjekts und bedeutsam für die langfristige Sicherung kontinuierlicher Mieteingänge.

Anders als im eng gesetzlich geregelten Wohnungsmietrecht, haben die Vertragsparteien aufgrund der im Gewerbemietrecht herrschenden Vertragsfreiheit die Möglichkeit, die Gegebenheiten mietvertraglich individuell zu regeln. Mietverträge, die in allen Punkten individuell ausgehandelt werden, finden sich in der Praxis jedoch selten. Vielmehr greifen die Parteien bei der Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses in der Regel auf standardisierte, für eine Vielzahl von Fällen erarbeitete Mustermietverträge und damit auf die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zurück. Da die Mustermietverträge jedoch nur selten die Interessen beider Vertragspartner gleichermaßen berücksichtigen, sind die hierin enthaltenen Formulklauseln nur dann rechtswirksam, wenn sie einer Überprüfung anhand der AGB-rechtlichen Vorschriften standhalten; die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle ergänzt mithin das Gewerbemietrecht in der Praxis tiefgreifend. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Gerichte bei der Beurteilung, ob einzelne Formulklauseln wirksam sind oder nicht, einen erheblichen Wertungsspielraum haben und dass die Rechtsprechung zur Zulässigkeit einzelner Formulklausel einem stetigen Wandel unterliegt, mit oft weitreichenden Folgen für die Vertragsparteien, insbesondere für den Vermieter, der in der Regel den Mietvertrag stellt.

Deutlich wird dies etwa am Beispiel der Formulklausel zur Durchführung von Schönheitsreparaturen und den in diesem Zusammenhang (bisher regelmäßig) verwendeten Quotenabgeltungsklauseln, die dem Mieter die Pflicht zur anteiligen Tragung von Kosten der Schönheitsreparaturen auch für den Fall auferlegen, dass die Mieträume am Ende des Mietverhältnisses Abnutzungs- oder Gebrauchsspuren aufweisen, die Schönheitsreparaturen aber nach dem in der Renovierungsklausel festgelegten Fristenplan noch nicht fällig sind.

Der für die Wohnraummiete zuständige VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (BGH) hat im März 2015 seine bisherige Rechtsprechung zur Übertragung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter grundlegend geändert und die in den meisten Formularverträgen auch heute noch enthaltenen Klauseln, die dem Mieter ohne jegliche Einschränkung die Durchführung von Schönheitsreparaturen auferlegen, für unwirksam erklärt. Bisher setzte eine wirksame Vertragsklausel zur Übertragung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter nicht voraus, dass die Mieträume

bei Vertragsbeginn renoviert übergeben wurden. Dies sieht der BGH nunmehr grundlegend anders und hält eine Klausel, die dem Mieter einer unrenoviert übergebenen Wohnung die Schönheitsreparaturen auferlegt ohne ihm hierfür einen angemessenen Ausgleich – etwa in Form eines ausreichend dimensionierten Mietnachlasses oder einer mietfreien Zeit – zu gewähren, für unwirksam (BGH, Urteil vom 18.03.2015 – VIII ZR 185/14).

Begründet hat der BGH diese Kehrwende in der Rechtsprechung damit, dass eine Formulklausel, die dem Mieter die Durchführung von Schönheitsreparaturen auch dann auferlegt, wenn er die Mieträume unrenoviert erhält, zur Folge hat, dass der Mieter sämtliche Gebrauchsspuren des Vormieters zu beseitigen hat. Die Klausel führt also dazu, dass der Mieter die Mieträume vorzeitig renovieren und ggf. in einem besseren Zustand zurückgeben muss, als er sie von dem Vermieter erhalten hat. Dies stelle – jedenfalls wenn der Mieter hierfür keinen angemessenen Ausgleich erhält – eine unangemessene Benachteiligung des Mieters dar, was die Unwirksamkeit der Formulklausel zur Folge hat (§ 307 BGB).

Auch seine bisherige Rechtsprechung zu den Quotenabgeltungsklauseln hat der BGH im März 2015 aufgegeben und die bisher als wirksam angesehene und daher in nahezu allen Formularymietverträgen enthaltene Quotenabgeltungsklausel für unwirksam erklärt. Diese Klausel regelt für den Fall, dass bei Beendigung des Mietverhältnisses Schönheitsreparaturen noch nicht fällig sind, der Mieter die zu erwartenden Kosten zeitanteilig an den Vermieter nach bestimmten Quoten zu bezahlen hat. Begründet hat der BGH die Unwirksamkeit dieser Klausel damit, dass diese dem Mieter zum maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses keine realistische Einschätzung der auf ihn zukommenden Kostenbelastung ermögliche. Ein durchschnittlicher Mieter könne bei Mietbeginn nicht erkennen, welcher tatsächliche Abnutzungsgrad der Wohnung bei Beendigung des Mietverhältnisses unter Zugrundelegung seines individuellen Nutzungsverhaltens erreicht sein wird. Die Quotenabgeltungsklausel verlange mithin von dem Mieter, dass er bei Vertragsschluss seine bei Beendigung des Mietverhältnisses bestehende Zahlungspflicht aufgrund eines in der Zukunft liegenden, auf mehreren Variablen beruhenden hypothetischen und damit fiktiven Sachverhalts einschätzt. Eine solche Bestimmung benachteiligt den Mieter unangemessen und führt zur Unwirksamkeit der (formulärmäßig verwendeten) Quotenklausel (BGH, Urteil vom 18.03.2015 – VIII ZR 242/13).

Ogleich zu berücksichtigen ist, dass beiden vorstehend genannten Entscheidungen jeweils ein Wohnraummietvertrag zu Grunde lag und eine Entscheidung des für das Gewerberaummietrecht zuständigen XII. Zivilsenats des BGH zur Frage, ob die dargestellten Grundsätze auch auf ein Gewerbemietverhältnis zu übertragen sind, aussteht, ist derzeit davon auszugehen, dass dieser sich der Auffassung des Wohnraummietensats anschließen und sowohl die Quotenabgeltungsklauseln als auch die Formulklauseln, die die Schönheitsreparaturen und damit die Renovierungspflicht auch bei unrenoviert übergebenen Gewerberäume auf den Mieter übertragen, ebenfalls für unwirksam erklären wird. Dies zum einen deshalb, weil sich der

für die gewerblichen Mietverhältnisse zuständige Senat des BGH in der Vergangenheit bei der Beurteilung von Formulklauseln in den weit überwiegenden Fällen der Rechtsprechung des für den Wohnraum zuständigen Senats angeschlossen hat; so bspw. als Formulklauseln, die einen starren Fristenplan zur Durchführung von Schönheitsreparaturen vorsahen, gekippt wurden. Zum anderen wird jedenfalls die Rechtsprechung des Wohnraummietensats des BGH zur Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter in der Praxis bereits von einer Vielzahl von Ober- und Landgerichten auch auf Gewerbemietverhältnisse angewendet. Das OLG Celle hat etwa mit Beschluss vom 13.07.2016 (Az. 2 U 45/16) entschieden, dass die Rechtsprechung des BGH zur Unwirksamkeit der formularmäßigen Überwälzung der Verpflichtung zur Vornahme von Schönheitsreparaturen einer dem Mieter unrenoviert übergebenen Wohnung ohne die Gewährung eines entsprechenden Ausgleichs auf die Vermietung von Geschäftsräumen zu übertragen ist. Das Gericht hat dies damit begründet, dass aufgrund der Parallelität der Inhaltskontrolle von Formulklauseln zu Schönheitsreparaturen im Bereich der gewerblichen Miete und der Wohnraummiete eine Nichtübertragung der neuen Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats auf Gewerbemietverhältnisse nicht zu rechtfertigen ist. Auch das LG Lüneburg vertritt diese Ansicht und hat in seinem Urteil vom 04.08.2015 (Az. 5 O 353/14) die vom BGH für das Wohnraummietrecht entwickelten Grundsätze auf einen Gewerberaummietvertrag übertragen.

Ober- und/oder landgerichtliche Entscheidungen zu der Frage, ob auch die Rechtsprechung des BGH zur Unwirksamkeit der Quotenabgeltungsklauseln auf Gewerbemietverträge zu übertragen ist, liegen (noch) nicht vor. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass – wie vorstehend dargelegt – der für das Gewerberaummietrecht zuständige Senat des BGH jedoch nur in Ausnahmefällen Formulklauseln in Mietverträgen über Gewerberäume anders beurteilt als solche in Wohnraummietverträgen, steht zu erwarten, dass Quotenabgeltungsklauseln auch im Gewerberaummietvertrag zukünftig als unwirksam angesehen und daher nicht durchsetzbar sein werden.

Für die Praxis bedeutet dies, dass sich in einer Vielzahl von Formularverträgen (noch) Regelungen finden dürften, die mit der nunmehr geltenden Rechtsprechung des BGH nicht in Einklang zu bringen sind, was dazu führt, dass der Vermieter auf etwa anfallenden Renovierungskosten sitzen bleibt.

Weiter hat die neue Rechtsprechung zur Folge, dass es nicht mehr möglich ist und sein wird, die Schönheitsreparaturen während des laufenden Mietverhältnisse und bei seiner Beendigung formularmäßig rechtswirksam auf den Mieter zu übertragen. Die Verwendung eines Formularmietvertrages, der die Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Gewerberaummieter und/oder eine Quotenabgeltungsklausel vorsieht, ist daher heute nicht mehr zu empfehlen. Zulässig sind und bleiben allerdings Individualvereinbarungen auch über die Übertragung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter. Es bietet sich daher an, anstatt der Verwendung einer Formulklausel eine praxistaugliche und interessengerechte Einzelfallregelung,

die die von dem Mieter durchzuführenden Maßnahmen detailliert aufführt und gleichzeitig festlegt, welche Gegenleistung er hierfür von dem Vermieter erhält, auszuarbeiten.

Wie vorstehende Beispiele zeigen, ist eine rechtssichere Gestaltung eines Gewerbemietvertrages, die insbesondere dazu dient, potentiellen Streitigkeiten zwischen den Vertragspartnern vorzubeugen und zu einer einvernehmlichen, konfliktarmen Abwicklung des Mietverhältnisses zum Nutzen beider Vertragsparteien beizutragen, ohne vertiefte und qualifizierte Kenntnisse im spezifischen Recht der Geschäftsraummiete und ohne Kenntnis und genaue Beobachtung der einem stetigen Wandeln unterliegenden Rechtsprechung kaum möglich. Insbesondere für den Verwender eines Mustermietvertrages ist es unerlässlich, das eigene Muster unter Berücksichtigung der jeweils aktuellen Rechtsprechung durch seinen Rechtsberater überprüfen und ggf. an die geänderte Rechtsprechung anpassen zu lassen.

---

#### Zur Autorin



Rechtsanwältin **Katren Sada** ist Partnerin bei SMNG und seit 2010 für die Kanzlei tätig. Schwerpunkte ihrer Tätigkeit sind das Private Baurecht und das Gewerbliche Mietrecht. Hier liegt der Fokus ihrer anwaltlichen Tätigkeit vor allem auf der Beratung und Vertretung bei der Vertragsgestaltung und -verhandlung komplexer Mietvertragswerke für Gewerbeimmobilien. Neben ihrer anwaltlichen Tätigkeit ist Rechtsanwältin Sada als Dozentin an der Europäischen Studienakademie Kälte-Klimatechnik-Lüftung (ESaK) in Maintal tätig. Überdies verfasst sie regelmäßig juristische Beiträge für die Publikationen des Verbandes Fenster + Fassade (VFF) Frankfurt a.M.

# Bauproduktenrecht – Inverkehrbringen und Verwenden von Bauprodukten

*Rechtsanwältin Nina Harr*

Das Bauproduktenrecht liefert im Wesentlichen Antworten auf zwei Fragen:

1. Unter welchen Voraussetzungen dürfen Bauprodukte innerhalb von Deutschland oder in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union in den Verkehr gebracht und dort gehandelt werden?
2. Unter welchen Voraussetzungen dürfen Bauprodukte in Deutschland vor Ort, also auf der Baustelle verwendet werden?

## Inverkehrbringen von Bauprodukten – Die europäische Bauproduktenverordnung

Die Antwort auf die erste Frage findet sich in der Verordnung (EU) Nr. 305/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 09.03.2011 „zur Festlegung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten“ (Bauproduktenverordnung, kurz: BauPVO). Als europäische Verordnung genießt sie den Rang eines nationalen Gesetzes; sie gilt in allen Mitgliedstaaten der EU unmittelbar, muss also nicht mehr durch nationale Rechtsakte umgesetzt werden.

Um technische Besonderheiten der einzelnen, ganz unterschiedlichen Bauprodukte berücksichtigen zu können, nimmt die BauPVO u.a. harmonisierte Produktnormen in Bezug. Bei der Herstellung und dem Inverkehrbringen eines Fensters ist beispielsweise die BauPVO i.V.m. der Produktnorm für Fenster, der DIN EN 14351-1 zu beachten. Eine zentrale Rolle spielt hier Art. 11 BauPVO, denn er normiert die „Pflichten der Hersteller“. Hiernach müssen Hersteller insbesondere eine Leistungserklärung erstellen und auf dieser Grundlage die CE-Kennzeichnung anbringen (Art. 11 Abs. 1 iVm. Art. 4–7 und Art. 8, 9 BauPVO), bevor sie ein Bauprodukt in den Verkehr bringen (dürfen). Voraussetzung ist jeweils die Durchführung des (in der harmonisierten Norm) vorgeschriebenen „Systems zur Bewertung und Überprüfung der Leistungsbeständigkeit“, das in der Regel die Hinzuziehung einer notifizierten Stelle (Prüflabor oder Zertifizierungsstelle) vorschreibt.

Damit nicht jeder einzelne Hersteller ein Prüflabor beauftragen muss, hat sich in den letzten Jahren das sog. Cascading-Verfahren gem. Art. 36 Abs. 1 lit. c) BauPVO immer mehr etabliert: Ein Systemanbieter lässt Systeme im Hinblick auf Produktmerkmale gemäß der jeweiligen harmonisierten Norm prüfen und stellt die Ergebnisse einem Hersteller zur Verfügung; dieser ist dann berechtigt, die Leistungserklärung und CE-Kennzeichnung auf der Grundlage der Prüfergebnisse des an ihn abgegebenen Systems zu erstellen und das Produkt in den Verkehr zu bringen, wenn dieses „der präzisen Anleitung des System- oder Bauteileanbieters“ entspricht. Aus rechtlicher Sicht stehen dann die Erarbeitung von Cascading-Vereinbarungen sowie die Frage an, wer – der Systemanbieter oder der Hersteller –

unter welchen Voraussetzungen für welche Fehler – z.B. Deklarationsfehler – haftet.

Apropos Haftung: Noch immer ist vielen Herstellern unbekannt, welche massive Folgen eine fehlende/fehlerhafte Kennzeichnung nach der BauPVO nach sich ziehen kann. Häufig wird diese Thematik mit Blick auf den vermeintlichen Organisationsaufwand auch bewusst ignoriert. Neben empfindlichen Bußgeldern und Maßnahmen der Marktüberwachung drohen auch zivilrechtliche Konsequenzen. Immer öfter wird die Abnahme von Bauwerken unter Berufung auf eine fehlende CE-Dokumentation verweigert mit dem Hinweis, hierin liege ein Mangel des Werkes. Und tatsächlich: Das LG Mönchengladbach hat in einer jüngeren Entscheidung wie folgt entschieden: „Ein Unternehmer, der mit Bauleistungen im weiteren Sinne beauftragt ist, hat seine Arbeiten so auszuführen, dass öffentlich-rechtliche Vorschriften eingehalten werden und die Errichtung in baupolizeilich ordnungsgemäßer Weise erfolgt, insbesondere bauordnungsrechtlich genehmigungsfähig ist. Verwendet der Unternehmer Bauprodukte, die (...) weder ein Übereinstimmungszeichen noch die Konformitätskennzeichnung der Europäischen Gemeinschaft (CE-Kennzeichnung) tragen, stellt sich das Werk regelmäßig als mangelhaft dar. Ob die Produkte die Voraussetzungen für eine entsprechende Kennzeichnung erfüllen, ist in diesem Zusammenhang unbeachtlich“ (LG Mönchengladbach, Urteil vom 17.06.2015, Az.: 4 S 141/14).

### Verwenden von Bauprodukten – Musterbauordnung und Landesbauordnungen

Kommen wir zurück auf die eingangs gestellte Frage Nr. 2, unter welchen Voraussetzungen die (bereits in Verkehr gebrachten) Bauprodukte vor Ort verwendet werden dürfen. Antworten hierzu geben im Wesentlichen die Landesbauordnungen, deren Regelungen sich an der Musterbauordnung (MBO) der Bauministerkonferenz orientieren. Die Regelungskompetenz der Länder ist allerdings nicht unbeschränkt. Auch mit Blick auf die Verwendung von Bauprodukten müssen europarechtliche Rahmenbedingungen berücksichtigt werden. Beispielsweise enthält die BauPVO in Art. 8 Abs. 4 ein „Behinderungsverbot“ und schreibt vor, dass ein Mitgliedstaat die Verwendung eines Bauprodukts, das der BauPVO entspricht und das CE-Zeichen trägt, nicht behindern oder untersagen darf, wenn die mit diesem Zeichen „erklärten Leistungen den Anforderungen für diese Verwendung in dem betreffenden Mitgliedstaat entsprechen.“

Dies ist konsequent, denn: Es ergäbe keinen Sinn, europaweit den Handel mit Bauprodukten zu regeln, wenn die Mitgliedstaaten dann den Handel mit diesen Produkten über Verwendungsvorschriften und -verbote faktisch regulieren (könnten).

Diese Lektion musste jüngst auch Deutschland lernen:

In seinem Urteil vom 16.10.2014 (Rs. C-100/13) hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) auf Antrag der EU-Kommission die zuletzt in Deutschland maßgebliche Zulassungspraxis für Bauprodukte teilweise für europarechtswidrig erklärt. Dieses

Urteil verhalf dem Bauproduktenrecht zu bislang nicht gekannter Aufmerksamkeit, ist es doch in Folge des Urteils erforderlich geworden, sämtliche Landesbauordnungen zu überarbeiten.

Aber eines nach dem anderen:

Zuletzt unterschieden die Landesbauordnungen unter Bezugnahme auf die Bauregellisten (BRL) des DIBt im Wesentlichen zwischen dem rein nationalen Bereich der geregelten bzw. nicht geregelten Bauprodukte (BRL Teil A) und dem europäisch harmonisierten Bereich (BRL Teil B). Der Teil 1 der BRL B enthielt beispielsweise die Bauprodukte im Anwendungsbereich harmonisierter Normen nach der BaupVO, die das CE-Zeichen tragen. An diese Produkte stellte das DIBt in der Vergangenheit zusätzliche Anforderungen. Beispielsweise wurde verlangt, dass der Hersteller eines Fensters im Anwendungsbereich der DIN EN 14351-1 neben der Kennzeichnung des Fensters mit dem CE-Zeichen im Rahmen eines zusätzlichen Ü-Zeichens angeben muss, dass die Bestandteile des Fensters mindestens normal entflammbar sind. Begründet wurde dies mit der Behauptung, das Brandverhalten sei nicht von der Norm erfasst und damit nicht harmonisiert.

Dieser Praxis setzte der EuGH ein Ende. Mit dem genannten Urteil stellte er fest, dass zusätzliche nationale Anforderungen an Bauprodukte, die das CE-Zeichen tragen, europarechtswidrig sind, weil sie den freien Warenverkehr behindern.

Konsequenz war, dass das Zulassungswesen in Deutschland neu konzeptioniert werden musste. Als Weg hierfür wurde die Überarbeitung der MBO und die Abschaffung der BRL gewählt. Die Umsetzung der Vorgaben aus dem Urteil ist noch nicht abgeschlossen, da die Landesbauordnungen noch an die (neue) MBO 2016 angepasst werden müssen. Die BRL sollen durch eine Verwaltungsvorschrift der Technischen Baubestimmungen (VV TB) ersetzt werden; deren Entwurf ist allerdings aktuell (Mai 2017) noch nicht verabschiedet, da von europäischer Seite aus Bedenken gegen dessen Inhalt geäußert wurden.

Insgesamt fällt auf, dass sich Deutschland denkbar schwer tut, das Urteil zu akzeptieren und sich vom geliebten Ü-Zeichen (für bereits CE-gekennzeichnete Bauprodukte) zu verabschieden. Zu sehr fürchtet man um die „Bauwerkssicherheit“ und den hohen qualitativen Standard in Deutschland. Gelöst werden soll die Problematik dadurch, dass sich Regelungen nicht – wie früher – auf das Bauprodukt selbst konzentrieren (produktunmittelbare Anforderungen), sondern auf das herzustellende Bauwerk. So besagt § 16 c S. 1 MBO 2016 jetzt: „Ein Bauprodukt, das die CE-Kennzeichnung trägt, darf verwendet werden, wenn die erklärten Leistungen den in diesem Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes festgelegten Anforderungen für diese Verwendung entsprechen.“ Im Sinne des EuGH-Urteils soll hiermit klargestellt werden, dass produktunmittelbare Anforderungen an CE-gekennzeichnete Produkte nicht mehr zulässig sind. Von der Bauaufsicht betont wird aber, dass die „materiellen Anforderungen an Bauwerke“ trotz der Gesetzesänderungen bestehen bleiben. Der Bauherr, der Entwurfsverfasser und die beauftragten Unternehmen



seien auch weiterhin verpflichtet, die Anforderungen einzuhalten, die durch öffentlich-rechtliche Vorschriften an bauliche Anlagen gestellt werden. Dies stellt eine besondere Herausforderung für alle am Bau Beteiligten, insbesondere für die Planer und die ausführenden Unternehmen dar.



#### Zur Autorin

Rechtsanwältin **Nina Harr** ist Partnerin bei SMNG und seit 2002 für die Kanzlei tätig. Schwerpunkte ihrer Tätigkeit sind neben dem Privaten Baurecht vor allem das Bauproduktenrecht und Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Normung. Im Fokus ihrer anwaltlichen Tätigkeit steht die außergerichtliche Beratung und Vertretung von Unternehmen der Bau- und Bauzulieferwirtschaft. Neben ihrer anwaltlichen Tätigkeit ist Rechtsanwältin Harr als Dozentin an der Europäischen Studienakademie Kälte-Klima-Lüftung (ESaK) in Maintal tätig. Zudem tritt sie regelmäßig als Referentin bei Vorträgen zur Bauproduktenverordnung und CE-Kennzeichnung auf. Zu den genannten Themen tritt sie regelmäßig als Verfasserin juristischer Fachbeiträge in Erscheinung, u.a. in den Zeitschriften Bauelemente Bau, Metallbau-Magazin sowie Glaswelt.

## Öffentliches Baurecht: Nachverdichtung und die Nachbarn

*Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht Dr. Norman Crass*

Der Begriff der Nachverdichtung bezeichnet das Nutzen von freien Flächen innerhalb einer bestehenden Bebauung und wird häufig mit dem Heranrücken von Gebäuden und dem damit verbundenen Verlust von Licht und Wohnqualität verbunden. Da jedoch Freiräume für neue Gebietsausweisungen knapp und die Nachfrage nach Baugrund groß sind, führt an der Nachverdichtung gerade in Ballungsräumen kein Weg vorbei. Zur Förderung dieser Entwicklung dient auch die momentan in Umsetzung befindliche Einführung des „urbanen Gebiets“ als neue Art der baulichen Nutzung innerhalb der Baunutzungsverordnung. In der Schnittmenge von Städtebaurecht und Immissionsschutzrecht soll es den Städten und Gemeinden erleichtert werden, in stark verdichteten städtischen Gebieten Baumöglichkeiten zu schaffen, ohne die Belange des Lärmschutzes zu vernachlässigen. Zusätzlich soll zukünftig im nicht beplanten Innenbereich bei einer Nutzungsänderung baulicher Anlagen hin zu Wohnzwecken von dem Erfordernis des „sich Einfügen“ abgesehen werden können.

Aus rechtlicher Sicht bietet die Nachverdichtung Anlass zur Prüfung einer Vielzahl von bauplanungsrechtlichen und bauordnungsrechtlichen Fragen und kann daher als Beispiel für Überlegungen dienen, die ein Bauherr und sein Rechtsanwalt im Vorfeld eines solchen Bauvorhabens anstellen sollten.

Zunächst ist zu prüfen, ob ein Bebauungsplan vorliegt, der Anforderungen an das Bauvorhaben stellt. Sollte dies nicht der Fall sein, ist dennoch zu beachten, dass sich ein Bauvorhaben im Innenbereich einfügen muss und nicht gegen das Rücksichtnahmegebot verstößt, also insbesondere keine erdrückende Wirkung entfaltet. Auf bauplanungsrechtlicher Seite sind darüber hinaus ggf. Festsetzungen zur Bauweise, zum Maß der baulichen Nutzung und zu Abstandsflächen zu beachten. Insbesondere kann auszuloten sein, ob von bestimmten Festsetzungen eines Bebauungsplans Befreiungen notwendig und realistisch zu erreichen sind. Sonderprobleme können bei der Mitnutzung vorhandener Bausubstanz entstehen. Dann ist zu bedenken, ob die vorhandene Bausubstanz durch die geplanten Änderungen und Erweiterungen ggf. ihren Bestandsschutz verliert bzw. welche bauordnungsrechtliche Fragen, vor allem die der Bemessung und Beachtung von Abstandsflächen, eine Rolle spielen.

Im Falle einer Aufstockung vorhandener Gebäude ist es z.B. denkbar, dass lediglich ein Staffelgeschoss realisiert werden kann. Bei einer festgesetzten geschlossenen Bauweise stellt sich die Frage, ob die Höhe des Nachbargebäudes überschritten werden darf und wie mit Fenstern in einer Grenzwall umzugehen ist. Bei festgesetzter offener Bauweise ist zu klären, ob Grenzabstände einzuhalten sind, wenn der Nachbar an die Grundstücksgrenze gebaut hat bzw. ob das der Fall ist, wenn er dies nicht getan hat. Bei der Ermittlung der Abstandsflächen der hinzukommenden Stockwer-

ke stellen sich viele Rechtsfragen, die unter Berücksichtigung der landesspezifischen Vorschriften zu beantworten sind.

In diesem Zusammenhang ist die Einbeziehung der Nachbarn im Vorfeld eines Bauvorhabens ein sorgsam zu beleuchtendes Feld. Die Einbeziehung von Nachbarn ist grundsätzlich bei unbelastetem Verhältnis empfehlenswert. Bei einer möglichen Beeinträchtigung nachbarschützender Vorschriften ist sie jedoch dringend geboten. Für die frühzeitige Einbeziehung der Nachbarn in einem Bauvorhaben spricht, dass so leichter Zustimmungen zu bestimmten Maßnahmen, wie etwa zu einer Abstandsflächenunterschreitung, erreicht und insgesamt Zeit- und Kostenersparnisse realisiert werden können. Dagegen spricht, dass ggf. „schlafende Hunde“ geweckt werden und finanzielle Begehrlichkeiten ausgelöst werden könnten. Die Vor- und Nachteile der verschiedenen Vorgehensweisen sind in einer umfassenden Analyse zu ermitteln und sodann abzuwägen.

Bei Nachverdichtungsmaßnahmen rücken neben der Problematik der Einhaltung von Abstandsflächen auch eine mögliche Verschattung, eine etwa erdrückende Wirkung des Bauvorhabens, Einblickmöglichkeiten durch Fenster oder Dachterrassen und zukünftige Lärm- oder Lichteinwirkungen in den Fokus. Damit diese Aspekte frühzeitig planungstechnisch gelöst werden können, müssen sie zuvor identifiziert werden, sodass die Verbindung von rechtlichen und planerischen Aspekten besteht. Oft kann durch den Abschluss einer interessengerechten Nachbarvereinbarung eine Baumaßnahme ermöglicht werden oder aber es können Konflikte bereits im Vorfeld vermieden werden. Wird dies versäumt, hat der Nachbar bei einer Verletzung nachbarschützender Vorschriften umfassende Möglichkeiten, Rechtsmittel gegen das Bauvorhaben zu ergreifen. Neben dem behördlichen Widerspruchsverfahren kann er ggf. parallel dazu den Verwaltungsrechtsweg beschreiten. Da Widerspruch und Anfechtungsklage gegen eine Baugenehmigung keine aufschiebende Wirkung haben, ist es für den Nachbarn zur Vermeidung der Schaffung baulicher Fakten oftmals notwendig, ein Eilverfahren vor dem Verwaltungsgericht anzustrengen. Die Risiken für den Bauherrn liegen dabei in der erheblichen Prozessdauer, der vorhandenen Rechtsunsicherheit, der erheblichen Verzögerung bei etwaigen Baueinstellungen durch das Gericht oder bei einer freiwilligen Einstellung des Bauherrn zur Risikominimierung.

Diese rechtlichen Risiken können ebenfalls durch den Abschluss einer ausgewogenen Nachbarvereinbarung verringert werden. Typische Regelungsgegenstände sind, neben einer Zustimmung zur Durchführung des Bauvorhabens unter Verzicht auf Einlegung von Rechtsmitteln, die Zustimmung zu ggf. erforderlichen Abweichungen und Befreiungen, die Duldung von Kranüberschwenkungen und Anbringung von Unterfangungen und Verankerungen sowie die Durchführung eines vorherigen Beweissicherungsverfahrens oder etwa die Duldung bestimmter Nutzungen des Nachbargeländes. Im Gegenzug bietet eine ausgewogene Nachbarvereinbarung auch gleichartige oder ähnliche Vorteile für den Nachbarn, etwa im Hinblick auf zukünftige Bauvorhaben.

Insgesamt kann eine rechtzeitige Nachbarbeteiligung speziell bei Nachverdichtungsmaßnahmen zum Erfolg der Baumaßnahme und zur Beseitigung rechtlicher Ungewissheiten beitragen. Dafür spricht vor allem die Vermeidung von verwaltungsgerichtlichen Verfahren, deren Dauer bereits im Eilverfahren mit einem halben bis einem Jahr in der ersten Instanz veranschlagt werden kann. Gegebenenfalls kann sich hieran ein Hauptverfahren mit einer Prozessdauer von über einem Jahr in der ersten Instanz mit jeweils erheblichen Prozess- und Kostenrisiken anschließen.

---

### Zum Autor

Rechtsanwalt **Dr. Normen Crass**, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, ist Partner bei SMNG und seit 2004 für die Kanzlei tätig. Zuvor war er wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht der Justus-Liebig-Universität Gießen, wo er im Jahre 2002 zu einem vergaberechtlichen Thema promoviert wurde. Schwerpunkt seiner anwaltlichen Tätigkeit ist – neben dem Privaten Baurecht – vor allem das Öffentliche Baurecht. Hier liegt der Fokus seiner Tätigkeit auf der außergerichtlichen Beratung und Vertretung von Projektentwicklern und Investoren sowie von Nachbarn eines Bauvorhabens. Zudem ist Rechtsanwalt Dr. Crass bei SMNG als Notarvertreter für Rechtsanwalt und Notar Matthias Wilke tätig. Neben seiner anwaltlichen Tätigkeit ist Dr. Crass Dozent an der Europäischen Studienakademie Kälte-Klimelüftung (ESaK) in Maintal und tritt regelmäßig als Referent, u.a. bei dem Verband Fenster + Fassade (VFF) Frankfurt a.M. auf. Überdies ist er durch regelmäßige Publikationen in Erscheinung getreten, u.a. in der Fachzeitschrift Stadt + Grün. Nicht zuletzt ist Rechtsanwalt Dr. Crass als Autor an dem renommierten Handbuch des Fachanwalts Bau- und Architektenrecht (herausgegeben von Kuffer/Wirth) beteiligt, in dem er das Kapitel zum Öffentlichen Baurecht verantwortet.



# Bauplanungsrecht: Fallstricke bei der Planung von Wohnnutzung in städtisch stark verdichteten Gebieten

*Rechtsanwältin und Fachanwältin für Verwaltungsrecht Leona Luncke, LL.M.*

Die Schaffung von neuem Wohnraum ist im Fokus der städtischen Quartiersentwicklung. Damit verbunden ist nicht nur ein Boom der Wohnungswirtschaft. Vielmehr machen sich auch Kommunen die Schaffung von neuem Wohnraum zum Ziel. Politisch werden Vorgaben dahingehend gemacht, wie viele Wohnungen pro Jahr neu zu schaffen sind. Erste Stimmen mutmaßen sogar, dass Wohnnutzung langfristig klassisches Gewerbe in zentralen Lagen verdrängt.

Gerade in Städten wie Frankfurt am Main, deren Einwohnerzahl jährlich steigt, stellt die Schaffung von neuem Wohnraum eine Herausforderung dar. Oft stehen keine unbebauten Flächen zur Verfügung, die am Reißbrett geplant werden können. Vielmehr werden bestehende städtische Quartiere überplant. Dabei bleibt es nicht aus, dass Wohnnutzung neben vorhandenen oder geplanten gewerblichen Nutzungen angesiedelt wird. Das Nebeneinander von Wohnen und Gewerbe kann aber zu Konflikten, beispielsweise bei der Frage, welches Maß an Lärm erzeugt und akzeptiert werden muss, führen. Zudem ist auf der Ebene der Bauleitplanung zu prüfen, welcher Gebietstyp bei gemischt genutzten Gebieten gewählt wird. Kommunen setzen in solchen Fällen regelmäßig Kern- und Mischgebiete in Bebauungsplänen fest. Dies kann bei einem zu großen Anteil von Wohnnutzung unzulässig sein.

## Kerngebiet

Kerngebiete dienen vorwiegend der Unterbringung von Handelsbetrieben sowie von zentralen Einrichtungen der Wirtschaft, der Verwaltung und der Kultur, aber auch dem Wohnen. Gewerbe stellt die Hauptnutzungsart des Kerngebiets dar. Dabei ist der Umfang zulässigen Wohnens im Kerngebiet begrenzt.

Die Rechtsprechung betrachtet die Zweckbestimmung eines Kerngebietes als verletzt, wenn im Kerngebiet Wohnnutzung für allgemein zulässig erklärt wird. Denn Kerngebiete haben eine zentrale Funktion mit vielfältigen Nutzungen und einem urbanen Angebot an Gütern und Dienstleistungen. Gebiete, in denen im Gegensatz dazu allgemein und überall gewohnt wird, stellen keine Kerngebiete (mehr) dar. Wird dennoch Wohnnutzung im Kerngebiet für allgemein zulässig erklärt, kann dies bei einer gerichtlichen Kontrolle zur Nichtigkeit der Festsetzung „Kerngebiet“ und – sofern in das Gesamtgefüge des Bebauungsplans eingegriffen wird – des gesamten Bebauungsplans führen.

Sofern politisch dennoch gewollt ist, Wohnnutzung im Kerngebiet zuzulassen, ist eine Begrenzung des Umfangs zulässiger Wohnnutzung vorzunehmen. Die Rechtsprechung hat zwar keinen festen Prozentsatz aufgestellt, anhand dessen bestimmt werden kann, in welchem Umfang Wohnnutzung im Kerngebiet zulässig ist. Sofern

mehr als 20 % bis 30 % Wohnnutzung zugelassen werden soll, ist jedoch im Zweifel eine andere Gebietsart zu wählen.

### **Mischgebiet**

In Mischgebieten ist Wohnnutzung in einem deutlich höheren Maß zulässig als im Kerngebiet. Denn Mischgebiete dienen gleichermaßen dem Wohnen und dem nicht wesentlich störenden Gewerbe. Zwar müssen Wohnen und Gewerbe nicht mit prozentualen Anteilen von 50 % zu 50 % zueinander im Mischgebiet vertreten sein. Daher kann auch etwas mehr Wohnnutzung als Gewerbe im Mischgebiet zugelassen werden. Wohnnutzung darf aber nicht derart in Erscheinung treten, dass sie gewerbliche Nutzungen verdrängt.

Sofern deutlich mehr als 50 % Wohnnutzung als Gewerbe zugelassen werden soll, ist somit Vorsicht geboten. Denn im Fall einer gerichtlichen Kontrolle wird im Zweifel die Frage aufgeworfen, warum bei einem erheblichen Anteil von Wohnnutzung kein Wohngebiet festgesetzt ist. Der Vorwurf eines sogenannten „Etikettenschwindels“ und das Risiko der ganz oder teilweisen Unwirksamkeit des Bebauungsplans besteht.

### **Denkbare Gebietswahl**

Will man in gewerblich geprägten Gebieten Wohnnutzung mit einem erheblichen Anteil zulassen und kein klassisches Wohngebiet, etwa aufgrund entstehender Lärmschutzkonflikte festsetzen, stellt sich die Frage, welche Gebietsart zu wählen ist.

In der Vergangenheit wurden oft Sondergebiete festgesetzt. Diese Möglichkeit wird künftig nur noch seltener bestehen. Denn ein Sondergebiet darf nur festgesetzt werden, wenn das Gebiet keinem der in der Baunutzungsverordnung vorgesehenen Gebietstypen entspricht.

Der Gesetzgeber hat im Mai 2017 mit dem „Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2014/52/EU im Städtebaurecht und zur Stärkung des neuen Zusammenlebens in der Stadt“ ein neues Baugebiet, das „urbane Gebiet (MU)“, geschaffen. Nach dem neuen § 6a BauNVO dienen urbane Gebiete dem Wohnen sowie der Unterbringung von Gewerbebetrieben und sozialen, kulturellen und anderen Einrichtungen, die die Wohnnutzung nicht wesentlich stören. Die Arten zulässiger Nutzungen im urbanen Gebiet sind weit gefasst. Zulässig sind Wohngebäude, Geschäfts- und Bürogebäude, Einzelhandelsbetriebe, Schank- und Speisewirtschaften, Betriebe des Beherbergungsgewerbes, sonstige Gewerbebetriebe sowie Anlagen für Verwaltungen und kirchliche, kulturelle, soziale, gesundheitliche und sportliche Zwecke. Zudem sind Tankstellen und u. U. Vergnügungsstätten ausnahmsweise zulässig.

Mit dem Gesetzestext des neuen § 6a BauNVO ist dabei klargestellt, dass die Nutzmischung der im urbanen Gebiet zulässigen Nutzungen nicht gleichgewichtig sein muss. Zudem kann festgesetzt werden, in welchem Umfang Wohnen und Gewerbe in den Gebäuden zulässig sind. Beispielsweise kann gegliedert werden, in welchen Geschossen eines Gebäudes Wohnnutzung zulässig ist und ob im Erdgeschoss, an

der Straßenseite, Wohnnutzung nicht oder nur ausnahmsweise zulässig ist. Wohnnutzung kann damit in einem deutlich höheren Maße im urbanen Gebiet als im Kern- oder Mischgebiet zugelassen werden.

Mit dem urbanen Gebiet wird – auch zur Vermeidung und Reduzierung von Verkehr und zur Förderung eines lebendigen öffentlichen Raumes – eine räumliche Nähe von wichtigen Funktionen wie Wohnen, Arbeiten, Versorgung, Bildung, Kultur und Erholung ermöglicht. Die notwendige Flexibilität bei der Planung von Wohnnutzung in städtischen, gewerblich geprägten Gebieten wird geschaffen. Dies gilt auch, weil die für das urbane Gebiet vorgesehenen Immissionsrichtwerte weniger streng als die für Kern- und Mischgebiete sind.

### Ausblick

Der Gesetzgeber hat mit dem urbanen Gebiet die Möglichkeit eröffnet, in einem erheblichen Umfang Wohnnutzung in städtischen, gewerblich geprägten Gebieten zuzulassen. Damit wird ein Beitrag zur möglichen Ansiedlung von Wohnnutzung neben Gewerbe geschaffen. Die Rechtsunsicherheiten dahingehend, in welchem Umfang Wohnnutzung bei der Festsetzung von Kern- und Mischgebieten vorgesehen werden kann, bestehen bei der Festsetzung eines urbanen Gebietes nicht. Vorhabenträgern und Kommunen ist bei der Ausweisung neuer Baugebiete mit gemischten Nutzungen zu raten, die Möglichkeit der Festsetzung eines urbanen Gebietes in Betracht zu ziehen.

---

### Zur Autorin

Rechtsanwältin **Leona Luncke**, LL.M., Fachanwältin für Verwaltungsrecht, ist seit 2007 anwaltlich tätig. Nach ihrer Tätigkeit in einer überregional ausgerichteten Spezialkanzlei für Öffentliches Baurecht (Hamburg), wurde sie bei SMNG tätig. Ihre juristische Ausbildung absolvierte sie in Göttingen, Lausanne, Kiel, Hamburg und Paris. In den Jahren 2014 bis 2016 belegte Rechtsanwältin Luncke den Masterstudiengang „Master of Laws (LL.M.)“ im Bereich Real Estate Law an der Universität Münster. Schwerpunkt ihrer anwaltlichen Tätigkeit sind das Öffentliche Baurecht und Immobilienrecht. Dabei vertritt Rechtsanwältin Luncke Investoren und Projektentwickler bei der Schaffung von Baurecht jeglicher Größenordnung. Neben ihrer anwaltlichen Tätigkeit tritt Rechtsanwältin Luncke regelmäßig durch Veröffentlichungen und als Referentin in Erscheinung. Überdies engagiert sie sich im Verein Frauen in der Immobilienwirtschaft e.V.



# Das neue Vergaberecht

*Rechtsanwältin Bianca Marzell*

Unter dem Begriff Vergaberecht ist die Gesamtheit der Vorschriften zu verstehen, die der Staat sowie seine Behörden und Institutionen bei der Beschaffung von Gütern und Leistungen zu beachten haben. Eine Beschaffung liegt allerdings nicht nur dann vor, wenn eine Leistung am Markt gegen Entgelt in Anspruch genommen wird. Vielmehr sind die Vorschriften auch bei solchen Konstellationen zu beachten, bei welchen statt der Zahlung eines Entgelts beispielsweise ein Recht zur wirtschaftlichen Nutzung der zu erbringenden Leistung eingeräumt oder auf die Erhebung einer Abgabe verzichtet wird.

Mit der Vergaberechtsreform im Jahr 2016 wurden die geltenden Vorschriften nach den Vorgaben des europäischen Gesetzgebers jedenfalls für den Bereich oberhalb der Schwellenwerte einer umfangreichen Überarbeitung unterzogen. Mit diesem größten vergaberechtlichen Gesetzgebungs- und Verordnungsgebungsverfahren seit 2004 wurde nicht nur teilweise die Systematik des Vergaberechts geändert. Vielmehr werden nunmehr auch zahlreiche, bislang nicht in den Vorschriften verankerte Fallgestaltungen in den Vorschriften geregelt, womit die Anzahl derselben deutlich zugenommen hat.

Aber auch die im nationalen Bereich geltenden Vorschriften wurden einer Reformierung unterzogen. So wurde nicht nur der Baubereich im Wege der Überarbeitung des ersten Abschnitts der VOB/A reformiert. Mit der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) ist auch für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen eine Reformierung im Gange.

## Oberschwellenbereich

Maßgeblicher Sinn und Zweck der Reform war eine Vereinheitlichung und Vereinfachung von Beschaffungsvorgängen. In Bezug auf den Liefer- und Dienstleistungsbereich ist dies insofern gelungen, als die VOL/A und die VOF abgeschafft wurden. Hier gelten nun ausschließlich der 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und die Vergabeverordnung (VgV) sowie ergänzend gegebenenfalls die Landesvergabegesetze. Für den Baubereich ist hingegen weiterhin auf das GWB, Teile der VgV, die VOB/A, 2. Abschnitt und ggf. die Landesvergabegesetze abzustellen.

Die Reform hat demnach nur teilweise eine Vereinfachung mit sich gebracht. Dies auch aufgrund der Zunahme der zu berücksichtigenden Vorschriften und der zahlreichen Änderungen. Zwar basieren einige Änderungen auf bereits vorher geltender europäischer Rechtsprechung. Mit der Reform sind aber auch Neuerungen verbunden, die es nunmehr zu verinnerlichen gilt. Auf folgende Änderungen und Neuerungen ist besonders aufmerksam zu machen:

Zunächst ist das Offene Verfahren nicht mehr die alleinige Regelverfahrensart. Gemäß § 119 Abs. 2 S. 1 GWB stehen dem öffentlichen Auftraggeber nach seiner Wahl



zunehmend sowohl das Offene als auch das Nichtoffene Verfahren als Regelverfahren zur Verfügung. Dies ergibt sich auch aus § 14 Abs. 2 S. 1 VgV für den Liefer- und Dienstleistungsbereich und aus § 3a Abs. 1 S. 1 VOB/A-EU für den Baubereich.

Zudem wurden die Möglichkeiten zur Durchführung eines Verhandlungsverfahrens konkretisiert und erweitert. Einzelheiten hierzu finden sich in § 14 Abs. 3, 4 VgV und § 3a Abs. 2, 3 VOB/A-EU. Durch diese neuen Vorschriften wird es dem öffentlichen Auftraggeber erleichtert, das Verhandlungsverfahren zu wählen, auch wenn es weiterhin auf bestimmte Ausnahmefälle beschränkt bleibt. So ist das Verhandlungsverfahren unter anderem dann zulässig, wenn der Auftrag aufgrund konkreter Umstände, die mit der Art, der Komplexität oder dem rechtlichen oder finanziellen Rahmen oder den damit einhergehenden Risiken zusammenhängen, nicht ohne Verhandlungen vergeben werden kann. Die demnach zum Teil recht offen gehaltenen Vorschriften eröffnen für die öffentlichen Auftraggeber folglich einen größeren Handlungsspielraum zur Verhandlung über Preise und Vertragsinhalte. Dies ist zu begrüßen.

Gleiches gilt für die neu geschaffene Innovationspartnerschaft gemäß § 19 VgV und § 3 Nr. 5 VOB/A-EU. Auch diese erweitert den Handlungsspielraum der öffentlichen Auftraggeber, da nunmehr auch mit dem Ziel der Entwicklung einer Liefer-, Dienst- und Bauleistung eine Beschaffung erfolgen kann.

Positiv ist auch die Ausweitung der flexiblen Rahmenvereinbarungen, welche nunmehr ebenso bei der Vergabe von Bauleistungen ausdrücklich zugelassen sind, wenngleich die Laufzeit im Regelfall nur vier Jahre betragen darf.

Eine weitere wichtige Änderung hat mit § 132 GWB in das Vergaberecht Eingang gefunden. Geregelt wird hier, wie mit nach der Auftragsvergabe auftretenden Änderungen umzugehen ist. Danach erfordern wesentliche Änderungen gemäß § 132 Abs. 1 Satz 1 GWB eine neue Ausschreibung. Etwas anderes soll aber unter anderem dann gelten, wenn die Änderung in den ursprünglichen Vergabeunterlagen bereits angelegt war (z.B. im Wege einer Option). Spannend ist in diesem Zusammenhang die vor allem Baupraktiker umtreibende Frage, ob hierunter auch Nachträge im Sinne von § 2 Abs. 5, 6 VOB/B zu fassen sind, da diese über die Einbeziehung der VOB/B als in den Vergabeunterlagen angelegt zu betrachten sein könnten.

Darüber hinaus sind die Regelungen zum Rechtsschutz angepasst worden, insbesondere wurde mit § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB eine konkrete Rügefrist von zehn Tagen in das GWB aufgenommen. Die aus der früheren Regelung, wonach eine Rüge „unverzüglich“ auszubringen war, resultierenden Unsicherheiten gehören damit der Vergangenheit an.

Auch die Selbstreinigung gemäß § 125 GWB ist neu. Sie bietet einmal ausgeschlossenen Unternehmen die Möglichkeit, wieder an Vergabeverfahren teilzunehmen, sodass diese nicht dauerhaft von Vergabeverfahren ausgeschlossen werden können.

Ebenso sollen Vergabeverfahren zukünftig dem technischen Fortschritt entsprechend durchgeführt werden. Dem wird insbesondere durch die verpflichtende e-Vergabe Rechnung getragen. Danach müssen nicht nur die Vergabestellen, sondern auch die Unternehmen bis spätestens 2018 die komplette öffentliche Ausschreibung bis zur Unterschrift elektronisch abwickeln.

### **Nationales Vergaberecht**

Darüber hinaus steht auf nationaler Ebene eine Reformierung an. Bei nationalen Vergaben gelten derzeit neben den haushaltsrechtlichen Regelungen und den Landesvergabegesetzen nach wie vor der erste Abschnitt der VOL/A für den Liefer- und Dienstleistungsbereich und der erste Abschnitt der VOB/A für den Baubereich, welche im Zuge der Vergaberechtsreform 2016 teilweise überarbeitet wurden.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat im Februar 2017 außerdem die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) im Bundesanzeiger veröffentlicht. Die UVgO orientiert sich strukturell an den für öffentliche Aufträge oberhalb der Schwellenwerte geltenden Regelungen. Demnach enthält sie z.B. Vorschriften zu den Verfahrensarten, zu Bekanntmachungs- und Informationspflichten, zu Eignungskriterien sowie Vorschriften zur Prüfung und Wertung von eingereichten Angeboten und Sondervorschriften zur Vergabe besonderer Leistungen. Allerdings deckt sie bereits nach ihrem Titel nur die Beschaffungen auf nationaler Ebene im Liefer- und Dienstleistungsbereich ab, womit sie die VOL/A ablöst. Bauaufträge werden demnach weiterhin gemäß den Vorschriften und Regelungen des ersten Abschnitts der VOB/A vergeben.

Da die UVgO nur eine Verfahrensordnung und keine Rechtsverordnung ist, findet sie jedoch auch nach Veröffentlichung im Bundesanzeiger noch keine Anwendung. Vielmehr muss die UVgO jeweils für den Bund und für jedes Land durch einen Anwendungsbefehl in den allgemeinen Verwaltungsvorschriften der Bundeshaushaltsordnung bzw. der jeweiligen Landshaushaltsordnung/Landesvergabegesetze in Kraft gesetzt werden. Dies erfordert zum Teil zunächst deren Änderung.

Für den Bund laufen aktuell (Mai 2017) die Vorbereitungen für eine zeitnahe Inkraftsetzung. Die Länder sind sich demgegenüber uneins, wann und wie sie die UVgO in Kraft setzen werden. Das Hessische Ministerium für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung hat sich bereits dahingehend geäußert, dass es die UVgO voraussichtlich nur teilweise, jedenfalls aber in stark abgeänderter Form für anwendbar erklären wird, da andernfalls unauflösliche Widersprüche zum Hessischen Vergabe- und Tarifreuegesetz (HVTG) entstehen würden. Dies ist auch von anderen Ländern zu erwarten, sodass es unterhalb der Schwellenwerte wohl auch mit der UVgO nicht zu einer Vereinheitlichung und damit auch nicht zu einer Vereinfachung des Vergaberechts kommen wird.

Zudem beinhaltet die UVgO keine Regelungen zum Primärrechtsschutz. Ein unterschwelliges Vergabeverfahren wird daher auch zukünftig nur im Wege des einst-

weiligen Rechtsschutzes vor den Landgerichten angegriffen werden können. Diese Verfahren verlaufen jedoch erfahrungsgemäß nur selten erfolgreich, soweit es um die Verhinderung der Zuschlagserteilung geht. Unterhalb der Schwellenwerte wird es daher wohl regelmäßig bei der Geltendmachung von Schadensersatz verbleiben.

---

### Zur Autorin

Rechtsanwältin **Bianca Marzell** ist seit 2011 im Bau- und Vergaberecht tätig. Zuvor absolvierte sie ihre juristische Ausbildung in Marburg, Bonn, Koblenz und Mainz. Ihre anwaltliche Tätigkeit begann sie in einer namhaften, auf das Bau- und Vergaberecht spezialisierten Kanzlei in Frankfurt a.M. Von dort wechselte sie in die Rechtsabteilung der Landeshauptstadt Mainz, wo sie für die vergaberechtliche Beratung des Hochbauamtes und der Vergabestelle zuständig war. Seit 2016 verstärkt Rechtsanwältin Marzell die Vergaberechtspraxis bei SMNG. Im Fokus ihrer anwaltlichen Tätigkeit steht die vergaberechtliche Beratung und Vertretung sowohl von öffentlichen Auftraggebern als auch von Bietern im Ober- und Unterschwellenbereich.



# Vorsorgeverfügungen – Vorsorge für Unfall, Krankheit und Alter

*Rechtsanwalt und Notar Matthias Wilke, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht*

Unfall, Krankheit und Alter können jeden von uns in eine Lage bringen, in der er nicht mehr fähig ist, einen eigenen Willen zu bilden und umzusetzen. Für diese Fälle kann man Vorsorge treffen, dass die Regelung der eigenen Angelegenheiten durch ausgewählte Vertrauenspersonen erfolgt, deren Handeln unsere eigenen Wertvorstellungen so weit wie möglich berücksichtigt. Auf diese Weise kann insbesondere auch vermieden werden, dass wesentliche Entscheidungen von einem Gericht oder einer möglicherweise unbekanntem Betreuungsperson getroffen werden.

Gestaltungsformen sind die Betreuungsverfügung im eigentlichen Sinne, die Vorsorgevollmacht und die Patientenverfügung. Der nachfolgende Beitrag erläutert die Bedeutung der einzelnen Vorsorgeverfügungen und macht Vorschläge, in welcher Kombination, mit welchen Inhalten und in welcher rechtlichen Form sie abgefasst werden sollten.

## Betreuungsverfügung

Fehlt einer volljährigen Person die Geschäfts- und/oder Einsichtsfähigkeit zumindest teilweise, ist sie betreuungsbedürftig, mit der Folge, dass vom Gericht ein sogenannter „Betreuer“ zu bestellen wäre (§ 1896 BGB). Sofern Angehörige bereit und in der Lage sind, das Amt eines Betreuers zu übernehmen, werden diese in aller Regel zum Betreuer bestellt. Die Bestellung des Betreuers erfolgt dabei durch das Amtsgericht, das auch eine ganze Reihe von besonders weitreichenden oder risikobehafteten Rechtsgeschäften (z. B. Grundstücksgeschäfte und Einwilligung in risikobehaftete Operationen) genehmigen muss.

§ 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB bestimmt nun, dass die Bestellung eines Betreuers nicht erforderlich ist, soweit die Angelegenheiten eines Volljährigen durch einen Bevollmächtigten oder durch andere Hilfen, bei denen kein gesetzlicher Vertreter bestellt ist, ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können. Die damit vom Gesetz angeordnete Subsidiarität der Betreuung konkretisieren die Vorschriften gem. §§ 1897 Abs. 4, 1901 Abs. 2 und 3 BGB in der Weise, dass der Volljährige sowohl hinsichtlich der Person des auszuwählenden Betreuers als auch hinsichtlich der Maßnahmen, die der Betreuer treffen soll, Wünsche äußern kann, die das Betreuungsgericht und den Betreuer binden.

In einer Betreuungsverfügung kann daher nicht nur eine Person benannt werden, die zum Betreuer bestimmt werden soll, sondern der Verfügende kann auch bestimmen, wen er keinesfalls als Betreuer haben will. Darüber hinaus können auch Ersatzpersonen für den Fall benannt werden, dass die in erster Linie berufene Person zur Übernahme des Betreuungsamtes nicht in der Lage oder bereit ist. Hinsichtlich seiner künftigen Lebensverhältnisse kann der Verfügende Festlegungen hinsichtlich

seines künftigen Aufenthaltsortes (beispielsweise in einer näher bezeichneten Pflegeeinrichtung), zu finanziellen Belangen und zu allen weiteren Fragen betreffend die Ausgestaltung seines Lebensalltags treffen.

Die Betreuungsverfügung muss im Hinblick auf in ihr enthaltene Gesundheits- und Unterbringungsregelungen unterschrieben sein. Sie kann beispielsweise auch unter Verwendung des Vordrucks des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz abgefasst werden, den man sich auf der Internetseite des Ministeriums herunterladen kann. Da es sich jedoch meist anbietet, die Betreuungsverfügung in eine Vorsorgevollmacht zu integrieren, ist die Einschaltung eines Notars zu empfehlen. Auf die nachstehenden Ausführungen zur Vorsorgevollmacht wird insoweit verwiesen.

### Vorsorgevollmacht

Die Vorsorgevollmacht unterscheidet sich von der Betreuungsverfügung zunächst vor allem dadurch, dass sie dem Bevollmächtigten Befugnisse überträgt, die zumindest in den Bereichen, zu denen die Vollmacht Regelungen enthält, die Anordnung einer Betreuung ganz oder teilweise entbehrlich machen.

Bei einer Vorsorgevollmacht handelt es sich in der Regel um eine „Generalvollmacht“ in vermögensrechtlichen und nicht vermögensrechtlichen Angelegenheiten des Vollmachtgebers. Die Vorsorgevollmacht kann dabei so formuliert sein, dass mit ihr praktisch alle denkbaren Angelegenheiten wirtschaftlicher und persönlicher Art abgedeckt sind. Sie ermöglicht dann sowohl Verfügungen des Bevollmächtigten über das Vermögen des Vollmachtgebers (wie z. B. Immobilien, Bankguthaben und Unternehmensbeteiligungen) als auch die Erteilung erforderlicher Zustimmungen für ärztliche Untersuchungen, Heilbehandlungen und medizinische Eingriffe. Unter die nicht vermögensrechtlichen Angelegenheiten, die eine Vorsorgevollmacht regeln kann, fallen auch die Aufenthaltsbestimmung und die Befugnis zur Unterbringung in einem Heim, einer Anstalt oder einer sonstigen Einrichtung.

Obwohl die Vorsorgevollmacht grundsätzlich als Generalvollmacht ausgestaltet sein sollte, ist es auch möglich, die Vollmacht sowohl im Bereich der Vermögenssorge als auch im Bereich der Personen- und Gesundheitssorge zu beschränken. Dies geschieht dann über eine genaue Aufzählung der Vorgänge und Bereiche, auf die die Vollmacht begrenzt ist bzw. auf die sie sich nicht erstrecken soll.

Aufgrund der beschriebenen Tragweite einer Vorsorgevollmacht sollte zu dem Bevollmächtigten ein besonderes Vertrauensverhältnis bestehen, da dieser bei Vorlegung einer Vorsorgevollmacht eigenverantwortlich handelt und nicht durch Gerichte oder andere Institutionen überwacht wird. Die Vorsorgevollmacht kann auch mehreren Bevollmächtigten mit unterschiedlichen Befugnissen erteilt werden, wobei von zu komplizierten Regelungen abzuraten ist.

Regelungsbedürftig ist in jedem Fall, wann die Vollmacht in Kraft treten soll. Hier muss der Vollmachtgeber entscheiden, ob von ihr sofort Gebrauch gemacht werden

kann oder die Vollmacht an den Bevollmächtigten erst dann ausgehändigt werden soll, wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen. Im ersteren Falle muss sich der Vollmachtgeber darüber im Klaren sein, dass der Bevollmächtigte dann jederzeit in seinem Namen handeln kann, obwohl der Vollmachtgeber die entsprechende Handlung möglicherweise noch selbst vornehmen kann oder will. Manche Vollmachtgeber machen daher die Aushändigung der Vollmacht an den Bevollmächtigten davon abhängig, dass dieser die Notwendigkeit einer Betreuungsbedürftigkeit in geeigneter Form nachweist. Dies kann allerdings im Anwendungsfall zu unerwünschten Verzögerungen führen.

Auch die Vorsorgevollmacht bedarf grundsätzlich nicht der notariellen Form. Für ihre Formulierung gibt es eine ganze Reihe von Formularen (u. a. des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz), die, wenn sie richtig ausgefüllt und unterschrieben sind, ihren Zweck erfüllen. Es empfiehlt sich jedoch, die Unterschrift unter eine Vorsorgevollmacht zumindest notariell beglaubigen zu lassen, da auf diese Weise nachgewiesen werden kann, dass die Unterschrift tatsächlich auch von dem Vollmachtgeber stammt.

Es gibt aber auch gute Gründe dafür, Vorsorgevollmachten notariell zu beurkunden. In diesem Fall trifft der Notar nämlich auch Feststellungen zur Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers, was gerade bei älteren oder erkrankten Personen spätere Streitigkeiten entbehrlich machen kann. Darüber hinaus stellt das Beurkundungsverfahren sicher, dass durch den Notar der Wille des Vollmachtgebers erforscht wird und Belehrungen über die rechtliche Tragweite einzelner Regelungen erfolgen. Der Nachteil bei der Beurkundung der Vorsorgevollmacht sind die dadurch entstehenden Notarkosten, deren Bemessung sich am Wert des Vermögens des Vollmachtgebers orientiert, wobei allerdings eine Kostendeckelung greift.

Für sämtliche Formen von Vorsorgevollmachten (d. h. auch privatschriftlichen oder anwaltlichen) steht die Möglichkeit der Registrierung im zentralen Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer offen.

### **Patientenverfügung**

Grundsätzlich bedarf jede in die körperliche Integrität eines Patienten eingreifende ärztliche Maßnahme der Einwilligung. Fehlt sie, liegt auch in Fällen der Lebenserhaltung oder Lebensverlängerung eine Körperverletzung vor.

Gerade ältere Menschen haben die Sorge, dass ab einem bestimmten Stadium einer ärztlichen Behandlung nur noch lebensverlängernde Maßnahmen getroffen werden, ohne dass damit noch ein Rest an Lebensqualität verbunden ist. Ist ein Patient in einer solchen Situation nicht mehr in der Lage, seinen einer weiteren Behandlung entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu kommunizieren, kann er seine Vorstellungen nur durch eine frühzeitig getroffene Patientenverfügung durchsetzen. Die genaue Definition der Patientenverfügung findet sich in § 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB. Dort ist auch geregelt, dass sie von einem einwilligungsfähigen Volljährigen verfasst

worden sein, in schriftlicher Form vorliegen und eine Entscheidung über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in eine bestimmte, noch nicht unmittelbar bevorstehende ärztliche Maßnahme enthalten muss.

Ob es sinnvoll ist, eine in eine Vorsorgevollmacht integrierte Patientenverfügung zu treffen, sollte im Einzelfall erörtert werden. Gegen eine solche Lösung spricht möglicherweise, dass auch der Gesetzgeber es im Regelfall für wichtig und sinnvoll hält, die Patientenverfügung bei Bedarf zu aktualisieren. Diesem Gesichtspunkt trägt eine isolierte Patientenverfügung deshalb besser Rechnung, weil sie problemlos abgeändert oder durch eine neue Verfügung ersetzt werden kann. Insbesondere bei einer beurkundeten Vorsorgevollmacht ist dies nicht ohne weiteres möglich.

Wird eine isolierte Patientenverfügung getroffen, muss allerdings deren sichere Verwahrung geklärt und entweder ein Hinweis darauf mit sich geführt und/oder der Arzt, das Krankenhaus oder eine Vertrauensperson (z. B. der Bevollmächtigte in der Vorsorgevollmacht) hierüber in Kenntnis gesetzt werden.

Auch für eine Patientenverfügung sind Musterformulare (u. a. der Bundesärztekammer) verfügbar. Darüber hinaus hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eine auf der Homepage des Ministeriums publizierte Broschüre („Patientenverfügung“) herausgegeben, die eine Hilfestellung für alle Fragen im Zusammenhang mit dem Verfassen einer Patientenverfügung gibt.

---

### Zum Autor

Rechtsanwalt und Notar **Matthias Wilke**, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, ist Partner und Gesellschafter bei SMNG und seit 1988 anwaltlich sowie seit 2008 zugleich als Notar tätig. Der Fokus seiner anwaltlichen und notariellen Tätigkeit liegt auf dem Immobilienrecht und dem öffentlichen Baurecht. RAuN Wilke tritt regelmäßig mit Fachbeiträgen und als Referent im öffentlichen Baurecht in Erscheinung. Zudem fungiert er als Schiedsrichter in baurechtlichen Auseinandersetzungen. RAuN Wilke ist stellvertretender Vorsitzender des Fachanwaltsausschusses „Bau- und Architektenrecht“ bei der Rechtsanwaltskammer Frankfurt am Main.





**ED PRS**

Education for Professionals – Eine Kooperation  
des ifl Rosenheim und der Hochschule Rosenheim

